ROCZNIK XX. NR. 7—12

CZASOPISMO
PRAWNICZE I EKONOMICZNE

ORGAN WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI UNIWERSYTETU JAGIELL. ORAZ TOW. PRAWNICZEGO I EKONOMICZNEGO W KRAKOWIE
Z ZASIŁKIEM MINISTERSTWA WYZN. REL. I OŚW. PUBL.

KRAKÓW 1923.
KRAKOWSKA SPÓŁKA WYDAWNICZA

DRUK W. L. ANCZYCA I SPÓŁKI W KRAKOWIE.

SŁOWO WSTĘPNE.

Część druga Polskiej Procedury Cywilnej obejmuje dział o środkach prawnych, dział o procesach nadzwyczajnych, niemniej o jurysdykcji krajowej.

Dział o środkach prawnych opracowali: Dziurzyński, Fierich, Gołąb, Litauer, Skąpski i Trammer.

Dział o procesach nadzwyczajnych opracowali: Allerhand i Skąpski, a o jurysdykcji krajowej: Allerhand.

Podobnie, jak w części pierwszej, podobnie i w części drugiej poszczególne działy przedstawiają się jako prace indywidualne, najczęściej poparte powagą członków Komitetu miejscowego (krakowskiego).

Dodatek zamieszczony przy końcu części drugiej obejmuje protokoły obrad ze załącznikami (wykazami statystycznymi) Sekcji dla postępowania sądowo-cywilnego, które odbyły się w Warszawie w maju w r. 1920, niemniej w kwietniu 1922 r. w Krakowie.

W ten sposób ogłoszony został drukiem całokształt materjałów potrzebnych dla kodyfikacji Polskiego procesu cywilnego.

Sekcja dla postępowania sądowo-cywilnego na posiedzeniu kwietniowym b. r. po przeprowadzeniu dyskusji i po powzięciu szeregu uchwał znaczenia zasadniczego, zastanawiała się nad dalszym tokiem prac kodyfikacyjnych. Postanowiono utworzyć Komitet redakcyjny z trzech Członków, który zająłby się na podstawie referatów referentów i na podstawie przeprowadzonej dyskusji ułożeniem projektu Procedury Cywilnej. W skład Komitetu redakcyjnego weszli:

Fierich, jako przewodniczący Komitetu, a jako członkowie: Gołąb i Litauer. Redaktorowie winni redagować Procedurę Cywilną wzywając do pomocy przy poszczególnych działach Procedury Cywilnej referentów, ewentualnie koreferentów odnośnych działów.

W końcu stwierdzić należy, iż w kwietniu roku ubiegłego Komisja Kodyfikacyjna powołała ze swego grona Podkomisję językową, mającą na celu przestrzeganie czystości języka i jednostajności układu zewnętrznego, oraz jednolitości słownictwa prawniczego w pracach Komisji. Każdy projekt ustawodawczy przed wniesieniem na Pełne Zebranie Komisji Kodyfikacyjnej Prezydjum Komisji przesyła Podkomisji językowej do uwag. Zgodnie z powyższemi postanowieniami projekt Polskiej Procedury Cywilnej będzie, po uchwaleniu go przez Wydział cywilny, a przed wniesieniem na Pełne Zebranie Komisji Kodyfikacyjnej, przesłany Podkomisji językowej do uwag.

Kraków, w grudniu 1922 r.

Xawery Fierich.

SPIS RZECZY.

Prof. Dr. Tadeusz Dziurzyński.

Apelacja.

Art. 1. Przeciw wyrokom wydanym w I. instancji służy apelacja.

Art. 2. Przeciw wyrokom zaocznym i wyrokom z omieszkania wolno wnieść apelację tylko wówczas, gdy niedopuszczalny jest sprzeciw. Apelacja opierać się może tylko na tem, że nie było zaoczności względnie omieszkania.

Art. 3. Apelację wnieść należy w czasokresie koniecznym dni 14. Czasokres ten biegnie dla każdej ze stron od doręczenia jej wyroku, zaś w sprawach drobiazgowych od ogłoszenia go, o ile przy ogłoszeniu obydwie strony były obecne.

Art. 4. Apelację wnosi się w formie pisma przygotowawczego (pismo apelacyjne) w sądzie procesowym I. instancji.

Art. 5. W miejscowościach, w których nie ma przynajmniej dwóch adwokatów, wolno zastąpić pismo apelacyjne odpowiedniem oświadczeniem do protokołu sądowego.

Sędzia spisujący protokół winien wezwać stronę do dokładnego określenia przyczyn i wniosków apelacyjnych i podania ewentualnych nowych faktów i dowodów i pouczyć ją o skutkach prawnych niezastosowania się do tego wezwania.

Postanowienia ustawy o piśmie apelacyjnem tyczą się także tych oświadczeń protokolarnych.

Art. 6. Przez wniesienie apelacji następuje wstrzymanie prawomocności i wykonalności wyroku w granicach wniosków apelacyjnych aż do załatwienia środka prawnego.

Art. 7. Pismo apelacyjne, prócz ogólnych warunków pisma przygotowczego, zawierać musi:

1) oznaczenie wyroku, przeciw któremu zwraca się apelacja,

2) dokładne określenie o ile się wyrok zaczepia, krótkie oznaczenie przyczyn zaczepienia (przyczyny apelacyjne) i oświadczenie, czy apelu-

jący domaga się zniesienia, czy też zmiany wyroku i jakiej (wniosek apelacyjny),

3) te nowe twierdzenia faktyczne i dowody, które apelant ma zamiar podnieść na ustnej rozprawie,

4) jeżeli apelacja nie była protokolarna, podpis adwokata.

Art. 8. Spóźnioną apelację odrzuca sąd I. instancji.

Art. 9. Jeżeli apelację wniesiono na czasie, doręcza ją sąd I. instancji stronie przeciwnej z pouczeniem, że o ile chce na ustnej rozprawie posłużyć się nowemi twierdzeniami faktycznemi lub dowodami, musi je podać sądowi I. instancji w czasokresie koniecznym dni 14, licząc od doręczenia w formie pisma przygotowawczego, zaś w warunkach art. 5 w formie protokolarnej.

Art. 10. W piśmie wniesionem w myśl art. 9 wolno przeciwnikowi przyłączyć się do apelacji (apelacja niesamoistna). To samo prawo służy także uczestnikom sporu.

Apelacja niesamoistna traci swą moc, gdy apelację cofnięto lub odrzucono.

Jeżeli jednak przeciwnik lub uczestnik wniósł apelację niesamoistną w czasokresie otwartym do apelacji, ma to skutek apelacji samoistnej.

Art. 11. Po wniesieniu przez przeciwnika pisma przygotowawczego lub po upływie czasokresu do jego wniesienia, przedkłada sąd I. instancji sądowi apelacyjnemu pismo apelacyjne i ewentualne pismo przeciwnika wraz z wszystkimi aktami.

Jeżeli zaczepiony wyrok nie załatwia w całości sporu i rozprawa nad niezałatwionemi częściami ma toczyć się w toku postępowania apelacyjnego, przedłoży sąd I. instancji te akta, które mu są przy dalszej rozprawie niezbędne, w wierzytelnych odpisach.

Postępowanie bez ustnej rozprawy.

Art. 12. Po nadejściu aktów do sądu apelacyjnego bada je przewodniczący senatu apelacyjnego

Art. 13. Stosownie do wyników tego badania przedłoży przewodniczący apelację do załatwienia senatowi apelacyjnemu, nie wyznaczając ustnej rozprawy apelacyjnej w następujących przypadkach:

1) Gdy obydwie strony zrzekają się ustnej rozprawy apelacyjnej,

2) Gdy sąd apelacyjny jest niewłaściwy,

3) Gdy apelacja okazuje się niedopuszczalna lub spóźniona,

4) Gdy pismo apelacyjne nie zawiera treści określonej art. 7. L. 1 i 2.,

5) Gdy apelacja skierowana jest przeciw wyrokowi zaocznemu lub z omieszkania (art. 2),

6) Gdy w apelacji zaczepiono pomieszczone w wyroku orzeczenie o zarzucie niewłaściwości sądu, sprawy wiszącej lub osądzonej,

7) Gdy wyrok lub postępowanie I. instancji zaczepiono jako nieważne, albo gdy przewodniczący jest zdania, że wyrok lub postępowanie dotknięte jest nieważnością, a nieważność nie tyczy się niezaczepionej części wyroku

Art. 14. Sąd apelacyjny rozstrzyga w przypadkach art. 13 na posiedzeniu niejawnem bez ustnej rozprawy.

Dla rozstrzygnięcia sądu apelacyjnego miarodajny jest stan faktyczny, ustalony w aktach sądu I. instancji.

Uwzględnienie faktów i dowodów niepodniesionych w I. instancji dopuszczalne jest tylko w przypadkach L. 2—7 i tylko dla ustalenia, czy nie zaszła nieważność lub inny błąd postępowania. Jeżeli wskutek tego zajdzie potrzeba przeprowadzenia dowodów, dokona tego sąd apelacyjny bądź przez sędziego wyznaczonego bądź przez sąd procesowy I. instancji.

Art. 15. Zrzeczenie się ustnej rozprawy apelacyjnej jest skuteczne, gdy oznajmią je obydwie strony wyraźnie, bądź w pismach apelacyjnych, bądź w odrębnem piśmie, wniesionem czy to do sądu I. instancji, czy też do sądu apelacyjnego.

Sąd apelacyjny mimo zrzeczenia się stron może wyznaczyć ustną rozprawę, gdy uzna to za wskazane.

Art. 16. W przypadku art. 13 L. 2 winien sąd apelacyjny orzec swą niewłaściwość i przekazać apelację sądowi właściwemu, który wyda z urzędu zarządzenia celem załatwienia apelacji.

W przypadku art. 13 L. 3 i 4 należy apelację odrzucić.

W przypadku art. 13 L. 5, gdy sad apelacyjny uzna apelację za uzasadnioną, winien wyrok I. instancji znieść i przekazać sprawę z powrotem sądowi procesowemu do przeprowadzenia rozprawy i ponownego wydania wyroku.

Art. 17. Jeżeli sąd I. instancji niesłusznie uznał się właściwym, winien sąd apelacyjny wyrok znieść i skargę odrzucić.

Gdy jednak powód postawił w I. instancji odpowiedni wniosek, przekaże sąd apelacyjny sprawę sądowi przez powoda wskazanemu, stosownie do przepisów art.... i ze skutkami tam określonymi.

Art. 18. Jeżeli sąd I. instancji niesłusznie nie przyjął stanu sprawy wiszącej lub osądzonej, winien sąd apelacyjny wyrok I. instancji znieść i skargę odrzucić.

Art. 19. Sąd apelacyjny zniesie wyrok sądu I. instancji w granicach wniosków apelacyjnych jako nieważny:

1. Jeżeli we wydaniu go brał udział sędzia z ustawy od wykonywania urzędu sędziowskiego w tej sprawie wykluczony albo którego wyłączenie przez jedną ze stron uznane zostało za uzasadnione.

2. Gdy sąd orzekający w I. instancji nie był prawidłowo obsadzony.

3. Gdy wyrok wydał sąd, który nawet na zasadzie układu stron nie mógł stać się dla tej sprawy właściwym.

4. Gdy orzeczono o sprawie nienależącej do zwykłej drogi prawa.

5. Gdy stronie odjęto możność rozprawiania się przed sądem w sposób nieprawny, w szczególności przez zaniechanie doręczenia.

6. Gdy strona nie była w postępowaniu przed I. instancją całkiem zastąpiona, albo nie była zastąpiona przez zastępcę ustawowego, chociaż go potrzebowała, o ile postępowanie nie zostało następnie prawidłowo zatwierdzone.

Za zatwierdzenie należy uważać, jeżeli zastępca ustawowy nie podnosząc braku, wstąpi w postępowanie apelacyjne przez wniesienie apelacji lub odpowiedzi na nią.

7. Gdy jawność nieprawnie wykluczono.

8. Gdy strony lub ich zastępcy z pogwałceniem przepisów o protokołowaniu wpisały lub podyktowały oświadczenia do protokołów I. instancji.

Art. 20. Jezeli nastąpiło zniesienie wyroku z przyczyn nieważności a dalsza rozprawa nie jest potrzebna, sąd apelacyjny odrzuci skargę.

W innych przypadkach odeśle sąd apelacyjny sprawę do sądu I. instancji.

W przypadku art. 19 L. 1 i 2 może sąd apelacyjny odesłać sprawę zamiast do sądu procesowego I. instancji, do innego sądu tego samego rodzaju, położonego w okręgu sądu apelacyjnego.

Art. 21. Ilekroć w przypadkach art. 13 i 19 okazuje się po zniesieniu wyroku I. instancji konieczne przeprowadzenie nowej rozprawy przed sądem I. instancji, winien ją przeprowadzić sąd apelacyjny, jeżeli zażądają tego zgodnie obydwie strony w terminie otwartym dni ośmiu od doręczenia uchwały znoszącej.

Art. 22. Uchwałę znoszącą zaczepić można tylko wówczas rekursem, gdy tak postanowi sąd apelacyjny. Przeciw postanowieniu sądu apelacyjnego nie służy żaden środek prawny.

Aż do załatwienia rekursu winien się sąd I. instancji wstrzymać z wyznaczeniem audjencji do ustnej rozprawy.

Art. 23. Zapatrywanie prawne stanowiące podstawę uchwały znoszącej wiąże sąd I. instancji, do którego sprawę odesłano.

Ustna rozprawa przed sądem apelacyjnym.

Art. 24. Jeżeli nie zachodzą warunki art. 13, albo gdy apelacja wniesiona z przyczyn w tym artykule wymienionych okazała się nieuzasadniona a wyrok zaczepiony jest jeszcze z innej przyczyny, wyzna-

czy przewodniczący senatu ustną rozprawę apelacyjną tak, aby doręczenie wezwania od dnia audjencji dzielił czasokres około dni 14. Czasokres ten w sprawach nagłych skrócić można do dni trzech.

Art. 25. Sąd apelacyjny rozpatruje spór w granicach wniosków apelacyjnych na nowo. Może on zmienić wyrok I. instancji tylko o ile strony zmiany żądały.

Ocenie sądu apelacyjnego ulegają także uchwały i decyzje wydane przed wyrokiem z wyjątkiem tych, których w myśl tej ustawy wogóle zaczepiać nie wolno, tych, przeciw którym służy odrębny rekurs i tych, które wskutek zaniechania nagany stały się niezaczepialne.

Art. 26. W toku postępowania apelacyjnego nie wolno wniosków apelacyjnych bez zezwolenia przeciwnika zmieniać. To samo tyczy się przyczyn zaczepienia.

Za zezwolenie uważa się, jeżeli przeciwnik wda się w rozprawę nad zmienionym wnioskiem lub nowo podniesioną przyczyną apelacyjną.

Mimo sprzeciwienia się przeciwnika może sąd apelacyjny zezwolić na zmianę w obu kierunkach, jeżeli nie ma obawy, by pociągnęła ona za sobą znaczne utrudnienie lub przedłużenie rozprawy.

Bezwarunkowo niedopuszczalna jest zmiana, jeżeli przez nią zakres zaczepienia wyroku I. instancji miałby być rozszerzony.

Koszta wynikające ze zmiany ponosi zawsze strona, która zmiany dokonała.

Art. 27. Jeżeli czy to za zgodą przeciwnika, czy wskutek zezwolenia sądu nastąpi zmiana przyczyny apelacyjnej lub wniosku apelacyjnego, wolno stronie nowe fakta i środki dowodowe potrzebne dla uzasadnienia tak zmienionej apelacji przytoczyć dopiero na ustnej rozprawie.

To samo prawo służy w tym razie i przeciwnikowi dla odparcia apelacji.

Pozatem podniesienie nowych faktów i dowodów po wniesieniu pism apelacyjnych jest niedopuszczalne.

Art. 28. W postępowaniu apelacyjnem nie wolno prócz roszczenia o zwrot kosztów postępowania apelacyjnego podnieść ani żadnego nowego roszczenia, ani nowej ekscepcji.

Art. 29. Zmiana skargi jest nawet za zezwoleniem przeciwnika niedopuszczalna.

Art. 30. Przyznanie złożone w I. instancji zachowuje swą moc.

Art. 31. Apelację cofnąć wolno aż do końca rozprawy poprzedzającej wydanie rozstrzygnienia końcowego.

Cofnięcie następuje na rozprawie apelacyjnej ustnie, pozatem zaś w formie pisma, które sąd apelacyjny doręczy stronie przeciwnej.

Cofnięcie pociąga za sobą utratę środka prawnego i obowiązek zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego. Orzeka o nim sąd apelacyjny w formie uchwały.

Art. 32. O ile czegoś innego w rozdziale o apelacji nie postanowiono, obowiązują w postępowaniu przed sądem apelacyjnym przepisy artykułów .... o ustnej rozprawie przed sądami okręgowymi.

Art. 33. Rozprawa apelacyjna rozpoczyna się sprawozdaniem jednego z członków senatu. Winien on na podstawie aktów przedstawić dotychczasowy przebieg procesu, o ile przedstawienie to potrzebne jest dla zrozumienia wniosków i przyczyn apelacyjnych, następnie zaś podać istotną treść pism apelacyjnych i określić zawarte w nich punkty sporne, — nie wyjawiając jednak swego zapatrywania.

Po sprawozdaniu odczyta protokolant zaczepiony wyrok z motywami, poczem nastąpią przemówienia stron, kończące się przedstawieniem wniosków.

Art. 34. Gdy apelujący nie zjawi się na pierwszej rozprawie ustnej, należy apelację na wniosek przeciwnika odrzucić i zasądzić apelującego na zwrot kosztów.

W razie niejawienia się przeciwnika oraz w razie niejawienia się apelującego na jednej z dalszych rozpraw, należy na żądanie strony jawiącej się rozprawę przeprowadzić.

Niejawienie się obu stron pociąga za sobą spoczywanie postępowania apelacyjnego.

Art. 35. Gdy braki określone art. 13 L. 2—7 i 19 wyjdą na jaw dopiero na rozprawie ustnej, postąpi sąd apelacyjny stosownie do przepisów art. 16, 17, 18, 19, 20, 21 i 22.

Pozatem rozstrzygnie sąd apelacyjny zawsze co do rzeczy samej wyrokiem, zatwierdzając lub zmieniając wyrok I. instancji.

Podstawę wyroku sądu apelacyjnego stanowią wyniki rozprawy i postępowania dowodowego II. instancji oraz te wyniki rozprawy i postępowania dowodowego I. instancji, które w postępowaniu apelacyjnem nie doznały zmiany.

Uzasadnienie.

Najważniejszem i najtrudniejszem zagadnieniem legislacyjnem w postępowaniu odwoławczem jest kwestja dopuszczenia nowego materjału faktycznego i dowodowego w II. instancji.

Pierwszorzędna doniosłość tego problemu pochodzi stąd, że rozstrzygnienie go w ten lub inny sposób wywiera nietylko bezpośredni wpływ na strukturę postępowania apelacyjnego, lecz także w niemniejszym

stopniu, chociaż tylko pośrednio wpływa na treść i znaczenie postępowania I. instancji. Wielka bowiem zachodzi różnica między zadaniem stron i sądu w kierunku zebrania stanu faktycznego w przypadku, gdy ustawa zezwala na uzupełnienie go w II. instancji, a w przypadku, gdy materjał zebrany w I. instancji ma pozostać wyłączną podstawą orzeczenia także instancji II-ej. System procesowy wykluczający nowy materjał w odwołaniu stawia stronom, ich zastępcom i sądowi I. instancji znacznie trudniejsze zadanie i znacznie większą na nich wkłada odpowiedzialność, bo każda niedokładność popełniona w I. instancji w twierdzeniach faktycznych mści się na stronach i to najczęściej niepowrotnie. Ustawa wykluczająca nowości w apelacji, a więc wymagająca od stron i sądu I. instancji niezwykłej diligencji musiałaby tak urządzać postępowanie, by dawało zupełną rękojmię, że stosunek sporny już w I. instancji będzie mógł być w niem wszechstronnie pod względem faktycznym i dowodowym rozpatrzonym. Dopóki w tym kierunku istnieją wątpliwości, nie może ustawodawca ograniczyć zbierania materjału procesowego do jednej instancji, jeżeli nie chce rozminąć się z celem procesu.

Że wątpliwości te niełatwo dają się usunąć, wskazuje i rozwój historyczny, biegnący prawie że bez załamań po linji beneficium novorum i stan współczesnych prawodawstw procesowych, stojący w ogromnej większości na stanowisku dopuszczenia nowego materjału w II. instancji. Na ziemiach polskich hołdują temu systemowi ustawy procesowe niemiecka, rosyjska i węgierska — wyjątek tworzy tylko ustawa austrjacka.

Projekt staje na stanowisku przyjętem powszechnie t. zn. na stanowisku sprzecznem z ustawą austrjacką i dozwala wskutek tego na ponowne objektywne zbadanie spornego stosunku na zmienionej podstawie faktycznej. Zasadnicza różnica stosunku do prawodawstwa niemieckiego i rosyjskiego objawia się w dwóch punktach.

Pierwszy z nich zawiera się w postanowieniu art. 7, 13, L. 4, 26 i 27.

Pismo apelacyjne pod rygorem odrzucenia apelacji zawierać musi prócz wniosku apelacyjnego także oznaczenie przyczyn apelacyjnych, a nadto podawać nowe okoliczności faktyczne i dowody, jeżeli się apelant zamierza nimi na rozprawie posłużyć. Zmiana wniosku i przyczyny apelacyjnej bez zezwolenia przeciwnika dopuszczalna jest tylko wyjątkowo, wprowadzenie zaś nowego materjału na rozprawie dopiero, bez zapowiedzenia go w piśmie możliwe tylko wówczas, gdy nastąpiła zmiana przyczyny apelacyjnej.

Wedle projektu nie wiedzie więc za sobą apelacja ponownej całkowitej rozprawy nad spornem roszczeniem. Objęte skargą roszczenie nie jest bezpośrednim przedmiotem postępowania apelacyjnego. Apelacja

wyrywa tylko z materjału procesowego I. instancji sporne punkty, oznacza je jako przyczyny apelacyjne i tworzy z nich treść postępowania II. instancji. Cała pozostała reszta materjału procesowego I. instancji stanowi bez zmiany podstawę orzeczenia sądu apelacyjnego (art. 35, ustęp 3).

Sąd apelacyjny ma tylko rozstrzygnąć, czy przytoczone przez strony przyczyny apelacyjne uzasadniają wniosek o zmianę lub zniesienie wyroku.

Wyjątek stanowią tylko nieważności, na które sąd apelacyjny w ramach wniosków apelacyjnych zwrócić musi uwagę nawet wówczas, gdy przez strony jako przyczyny apelacyjne nie były podniesione (art. 13, L. 7).

Podobnie, jak zasada skargi indywidualizuje żądanie skargi, tak przyczyna apelacyjna określa bliżej wniosek strony apelującej. Pytanie, czy przytoczony jako przyczyna moment zdolny jest usprawiedliwić wniosek stanowi wyłącznie — poza nieważnościami — zadanie sądu apelacyjnego i właśnie w skoncentrowaniu postępowania apelacyjnego na tym punkcie leży znaczenie przyczyny apelacyjnej. To zadanie spełnić może jednak przyczyna apelacyjna tylko wówczas, gdy ustawa stanie zasadniczo na stanowisku, że zmiana jej jest niedopuszczalna; porzucanie już podniesionych przyczyn i zastępowanie ich nowemi zmieniałoby ciągle zadanie sądu II. instancji i obraz postępowania apelacyjnego, a tem samem korzyść tkwiąca w ograniczeniu kognicji sądu apelacyjnego do spornych punktów stałaby się iluzoryczna.

Podobne momenty skłaniają wszystkie ustawy procesowe do zabronienia zmiany skargi — dlatego też traktuje projekt ewentualną zmianę przyczyny apelacyjnej wedle tych samych zasad wytycznych (art. 26). Rozwiązanie przyjęte w projekcie utrudnia niewątpliwie apelującemu szykanowanie przeciwnika, ale o to właśnie chodzi. Natomiast pozycja stron lojalnych nie jest zagrożona przez to, że już w piśmie apelacyjnem mają określić wady wyroku I. instancji i podać materjał służący do ich usunięcia. Po otrzymaniu wyroku I. instancji każda strona powinna już wiedzieć, jakie niedomagania zawiera jej zdaniem wyrok i do czego ma dążyć w postępowaniu apelacyjnem. Tego minimum diligencji może ustawa tem więcej wymagać, że w postępowaniu apelacyjnem obowiązywać ma przymus adwokacki.

Drugim punktem, w którym projekt odbiega od postanowień ustawy niemieckiej i rosyjskiej, a zbliża się do stanowiska ustawy węgierskiej są przepisy art. 12 i nast. o postępowaniu bez ustnej rozprawy.

Zarówno ustawa niemiecka, jak rosyjska posiada tę wadę, że prowadzi do ustnej rozprawy nawet tam, gdzie ona jest niepotrzebna i gdzie jej strony zupełnie nie żądają. Tyczy się to w pierwszej linji przy-

padku, gdy strony zaczepiają wyrok wyłącznie z przyczyny błędnej oceny prawnej, natomiast stanu faktycznego, ustalonego w aktach I. instancji nie atakują zupełnie. W takich razach wystarczy najczęściej zamieścić dotyczące wywody w pismach, gdyż dla uzasadnienia prawnych poglądów ustność i bezpośredniość nie przedstawiają żadnej wartości, owszem raczej rzec można, że pismo sprzyja pogłębieniu i wyczerpaniu kwestji natury jurydycznej. Dlatego projekt pozwala stronom zrzec się rozprawy ustnej (art. 13, L. 1), co nie przeszkadza, że sąd apelacyjny może mimo to wyznaczyć ustną rozprawę, gdy wyjątkowo uzna ją za potrzebną (art. 15, ustęp 2).

Pozatem wylicza projekt jeszcze cały szereg spornych punktów natury procesowej, które nakazuje sądowi apelacyjnemu rozstrzygać bez ustnej rozprawy, częściowo dla ich prostoty, częściowo zaś dla tego, że obowiązek badania z urzędu ciążący tu na sądzie, zdolny jest zastąpić inicjatywę stron.

Prof. Dr. Xawery Fierich.

Postępowanie przed Sądem Najwyższym.

(Skarga w przedmiocie kasacji).

Art. 1. Skarga kasacyjna jest dopuszczalną przeciw wyrokom sądu odwoławczego.

Niedopuszczalną jest skarga kasacyjna, jeżeli przedmiot sporu, co do którego rozstrzygał sąd odwoławczy, nie przenosi kwoty ...... w gotówce lub w równowartości.

Art. 2. Skarga kasacyjna winna się opierać na pogwałceniu prawa. Pogwałcenie prawa zachodzi wówczas, jeżeli przepis prawa nie został zastosowany lub został niewłaściwie zastosowany.

Pogwałcenie przepisu prawnego z dziedziny postępowania sądowo-cywilnego zachodzi zwłaszcza wówczas, jeżeli nie zastósowano przepisu o postępowaniu sądowem, którego zastósowanie nakazanem jest pod nieważnością postępowania.

Art. 3. Skarga kasacyjna obejmować winna:

1) dokładne oznaczenie wyroku lub części wyroku, na który strona się żali,

2) przytoczenie przyczyn ruszenia. Przyczyna ruszenia obejmować winna dokładne oznaczenie przepisu prawnego, który zdaniem strony pogwałconym został. Jeżeli przyczyna ruszenia ma na celu wykazanie pogwałcenia przepisów o postępowaniu sądowem, wówczas, jeżeli to jest potrzebnem, należy przytoczyć okoliczności faktyczne, uzasadniające toż pogwałcenie prawa;

3) żądanie ściśle oznaczone,

4) podpis adwokata.

Skargę kasacyjną wnieść należy do sądu, który wydał wyrok zaczepiony i to w ciągu czterech tygodni, licząc od dnia doręczenia wyroku stronie wnoszącej skargę kasacyjną.

Zapóźno wniesioną skargę kasacyjną odrzuci sąd odwoławczy na tajnem posiedzeniu.

Art. 4. Na czasie wniesioną skargę kasacyjną sąd odwoławczy doręczy stronie przeciwnej z pouczeniem, iż wolno jej w ciągu dni 14., licząc od doręczenia skargi kasacyjnej, wnieść odpowiedź na skargę kasacyjną.

Do odpowiedzi na skargę kasacyjną mają posiłkowo zastosowanie przepisy art. 3. niniejszej ustawy.

Spóźnioną odpowiedź na skargę kasacyjną odrzuci sąd odwoławczy.

Art. 5. Sąd odwoławczy, jużto po wniesieniu odpowiedzi na skargę kasacyjną, jużto po bezskutecznym upływie czasokresu, wyznaczonego do wniesienia wspomnianej odpowiedzi i po otrzymaniu odnośnych aktów sprawy spornej, odnoszących się do postępowania w 1. instancji, te akta i własne akta odwoławcze przedłoży Sądowi Najwyższemu.

Art. 6. W Sądzie Najwyższym skarga kasacyjna będzie przedewszystkiem przedmiotem rozpoznania na posiedzeniu tajnem. Senat Sądu Najwyższego bada kwestję, czy została skarga kasacyjna wniesioną na czasie, bada dopuszczalność skargi kasacyjnej, niemniej czy zachodzą warunki powyżej art. 3. objęte.

Jeżeli skarga kasacyjna nie odpowiada warunkom poprzednim ustępem objętym, wówczas Sąd Najwyższy odrzuci skargę kasacyjną. Spóźnionej odpowiedzi na skargę nie weźmie pod rozwagę Sąd Najwyższy.

Art. 7. Jeżeli nie odrzucono skargi kasacyjnej z przyczyn objętych poprzednim artykułem, a przez stronę lub strony w skardze kasacyjnej podniesione zostały tylko przyczyny ruszenia z dziedziny postępowania sądowego, wówczas w granicach wniosków stron na posiedzeniu tajnem wspomniane przyczyny ruszenia będą przedmiotem rozpoznania i załatwienia.

Nie może być dochodzonem pogwałcenie prawa z dziedziny postępowania sądowego, jeżeli strona mimo to, że ustawowo była do tego zobowiązaną, nie zganiła na czasie pogwałcenia prawa.

Art. 8. Jeżeli skarga kasacyjna na posiedzeniu tajnem nie została odrzuconą, ani też załatwioną po myśli art. 7., wówczas przewodniczący senatu wyznaczy ustną jawną rozprawę przed Sądem Najwyższym.

Art. 9. Strony mogą się zrzec przeprowadzenia ustnej rozprawy w Sądzie Najwyższym. Zrzeczenie to jest skutecznem, jeżeli strony złożyły takie oświadczenie pisemne w sądzie odwoławczym przed przesłaniem aktów do Sądu Najwyższego lub też w Sądzie Najwyższym

przed rozpisaniem rozprawy. Oświadczenie to może być złożonem także w skardze kasacyjnej i w odpowiedzi na skargę kasacyjną.

Z oświadczeniem powyższem może być połączonem oświadczenie z art. 21. lit. a). [1])

Art. 10. Do wyznaczonej rozprawy będą miały o tyle zastosowanie przepisy o ustnej rozprawie — o ile z natury prawnej przepisów o postępowaniu w Sądzie Najwyższym co innego nie wynika.

Art. 11. Po wywołaniu sprawy, sprawozdawca wyznaczony przez przewodniczącego senatu, w przedmiotowem streszczeniu przedstawi stan sprawy, biorąc za punkt wyjścia przez strony podane przyczyny ruszenia, uzasadniające pogwałcenie prawa, niemniej przedstawi wnioski stron.

Art. 12. Nowe fakty i dowody, które nie były przedstawione w niższych sądach, nie mogą być przytaczane przy rozprawie w Najwyższym Sądzie (art. 3. L. 2.).

Strony mogą przy ustnej rozprawie w granicach swoich wniosków (art. 3. L. 3.) przytaczać nowe uzasadnienia przyczyn ruszenia, zgłoszonych w skardze kasacyjnej.

Po przeprowadzeniu rozprawy ustnej Sąd orzeka o skardze kasacyjnej bez względu na nieobecność jednej lub nawet obu stron.

Art. 13. Restytucja z powodu omieszkania posłuchania, wyznaczonego w Sądzie Najwyższym do rozprawy ustnej jest niedopuszczalna.

Art. 14. Sąd Najwyższy przy załatwianiu sprawy tak na posiedzeniu tajnem, jak i jawnem bierze pod rozwagę skargę kasacyjną w granicach wniosków przez strony przedstawionych, przyczem o tyle rozważy wszystkie decyzje incydentalne, które wyrok zaczepiony wyprzedziły, o ile one są w związku z badanem pogwałceniem prawa, a nadto przeciwko tym decyzjom nie służył samoistny środek odwoławczy.

Art. 15. Sąd Najwyższy tak na posiedzeniu tajnem, jak i przy jawnej rozprawie w granicach wniosków stron z urzędu bierze pod rozwagę:

a) czy sprawa sporna należy na drogę sądową?

b) czy sąd odwoławczy orzekał w należytym składzie?

c) czy przy wyrokowaniu nie brał udziału wyłączony sędzia lub na podstawie uchwały sądowej sędzia wykluczony, jako podejrzany?

d) czy strona w postępowaniu w sądach niższych była zastąpiona

---

[1]) Art. ten został zamieszczony na wniosek Dra Jerzego Trammera. Art. 9. w koreferacie Dra Trammera nieco inaczej opiewa, wobec tego, iż Dr. Trammer jest zwolennikiem postępowania rewizyjnego.

zgodnie z przepisami ustawy; w szczególności, jeżeli potrzebuje ustawowego zastępstwa, czy była zastąpioną przez ustawowego zastępcę?

O ile Sąd Najwyższy uzna to za potrzebne, może zarządzić przeprowadzenie dochodzeń przed sądem I. lub II. instancji dla wyświetlenia okoliczności faktycznych, mogących uzasadnić pogwałcenie przepisów o postępowaniu sądowem (art. 3. L. 2.).

Art. 16. Sąd Najwyższy w granicach wniosków stron, przy ustnej rozprawie z urzędu bierze pod rozwagę, czy sąd odwoławczy, wydając wyrok, nie pogwałcił przepisów, poza przepisami o postępowaniu sądowem, które mają na celu strzeżenie porządku publicznego lub dobrych obyczajów.

Art. 17. Jeżeli sąd odwoławczy ustalił jako prawdziwe pewne okoliczności faktyczne, wówczas ustalenie to wiąże Sąd Najwyższy, chyba że istnieje podstawa prawna, stwierdzająca, że w przedmiocie ustalenia nastąpiło pogwałcenie prawa.

Ocenieniu Sądu Najwyższego ulega tylko to przedstawienie stron, które jest widoczne albo z motywów orzeczenia odwoławczego, albo z protokołu rozprawy sądu odwoławczego.

Art. 18. O ile skarga kasacyjna okaże się uzasadnioną, lub zachodzi pogwałcenie prawa, które z urzędu uwzględnić należy (art. 15. i 16.) — o tyle Sąd Najwyższy zaczepiony wyrok, albo wyrok i postępowanie w całości lub w części zniesie i sprawę odeśle do tego samego sądu odwoławczego, który wydał wyrok zaczepiony lub też do innego sądu odwoławczego tego samego rodzaju [1]).

W szczególności jeżeli nastąpiło pogwałcenie przepisów o postępowaniu sądowem, wówczas postępowanie w tych granicach uchylić należy, w jakich tego wymaga pogwałcenie przepisu prawnego.

Art. 19. Sąd Najwyższy na posiedzeniu tajnem, lub przy ustnej rozprawie odrzuci skargę kasacyjną, jeżeli mimo widocznego z uzasadnienia orzeczenia pogwałcenia przepisu prawnego, wyrok wydany w sądzie odwoławczym jest uzasadniony.

Art. 20. Sąd odwoławczy, do którego sprawa wraca, winien po przeprowadzeniu ustnej rozprawy orzec. Przy wydaniu ponownego swego orzeczenia jest sąd odwoławczy wiązany zapatrywaniem prawnem, które było podstawą uchylenia wyroku sądu odwoławczego.

Art. 21. Sąd Najwyższy wyjątkowo w sprawie samej orzekać winien:

a) jeżeli uchylenie wyroku następuje tylko z powodu pogwałcenia prawa przy zastósowaniu ustawy do ustalonego przez sąd odwoławczy

---

[1]) Słowa w art. 18. »lub też do innego sądu odwoławczego tego samego rodzaju« — wprowadzono na wniosek Dra Józefa Skąpskiego.

stanu rzeczy, a nadto według ustalonego stanu sprawy spór prawny przedstawia się jako dojrzały do rozstrzygnięcia. Sąd Najwyższy uskuteczni to jednak tylko wówczas, jeżeli obie strony spór wiodące złożą pisemne oświadczenia w czasie art. 9. ustęp 2. określonym, iż zgadzają się na to, aby Sąd Najwyższy wydał wyrok w rzeczy samej w miejsce sądu odwoławczego;

b) Sąd Najwyższy sam, wskutek skargi kasacyjnej odrzuci skargę wdrażającą proces, jeżeli to na podstawie obowiązujących przepisów prawnych uskutecznić miał już sąd I. lub II. instancji.

Art. 22. Wniesienie skargi kasacyjnej nie wstrzymuje wykonania wyroku prawomocnego zaczepionego skargą kasacyjną. Wyjątkowe przepisy, w których wniesienie skargi kasacyjnej wstrzymuje wykonanie wyroku prawomocnego — obejmują postanowienia o postępowaniu egzekucyjnem.

Art. 23. W braku przepisów w niniejszym rozdziale wchodzą w zastósowanie przepisy o postępowaniu odwoławczem.

Uzasadnienie.

Wstępne uwagi.

Doświadczenie życiowe, liczące się z omylnością ludzką, nie tylko usprawiedliwia, ale wprost wymaga wprowadzenia środków odwoławczych. Spornem może być jedynie pytanie, jakim ma być system środków odwoławczych, aby odpowiadał swojemu celowi.

Sądzić należy, że czyni się zadość potrzebom wymiaru sprawiedliwości, jeżeli Państwo stronom użycza możności pełnego przeprowadzenia sprawy przed dwoma instancjami sądowemi, przy równoczesnem wprowadzeniu przepisów o wznowieniu postępowania. Na tem stanowisku stanęła procedura francuska, temu zapatrywaniu dały także wyraz materjały do procedury niemieckiej (Hahn: Materialien, str. 141). Mimo to jednak głównie okoliczność zapewnienia jednolitego wymiaru sprawiedliwości stała się w Niemczech powodem do wprowadzenia instytucji rewizji. We Francji oprócz tej okoliczności, okoliczność potrzeby kontroli sądownictwa w I. i II. instancji usprawiedliwiła wprowadzenie instytucji wyłącznie kontrolującej, a mianowicie sądu kasacyjnego.

Otóż powstaje pytanie: Jakże rzecz ma być przeprowadzona w Państwie Polskiem? Czy wprowadzić rewizję, czy kasację, czy też zażalenie nieważności? Są to pytania, które omówić należy; bo że sprawa cywilna ma się dostać przed forum Sądu Najwyższego jest rzeczą konstytucją przesądzoną, która wprowadza przepisy o Sądzie Najwyższym dla spraw cywilnych i karnych (art. 84).

Przed odpowiedzią jednak na to pytanie, należy w linjach wytycznych stwierdzić zasadnicze różnice, istniejące w przedmiocie omawianym w ustawodawstwach obowiązujących na ziemiach polskich; niemniej poświęcić słów kilka macierzystemu ustawodawstwu francuskiemu; w końcu należy się wzmianka ustawodawstwu węgierskiemu i berneńskiemu.

Gdy na ogół procedura niemiecka i rosyjska wzorują się na procedurze francuskiej, to w przedmiocie środka odwoławczego do III. instancji rzecz się ma inaczej. Procedura niemiecka i austrjacka hołdują systemowi rewizji, a tem samem odbiegają od systemu francuskiego. Natomiast procedura rosyjska w pewnych granicach przyjmuje zasady prawodawstwa francuskiego z tą jednak zasadniczą różnicą, że nie stwarza sądu kasacyjnego, jako sądu odrębnego poza ustrojem sądownictwa, lecz wtłacza go w organizację sądową.

Według ustawodawstwa obowiązującego we Francji, skarga kasacyjna jest środkiem nadzwyczajnym przeciw decyzjom ostatniej instancji, a to z powodu pogwałcenia prawa.

Procedura cywilna francuska nie zajmuje się kasacją, z wyjątkiem art. 504.

Typ sądu kasacyjnego francuskiego wychodzi ze założenia, że sędzia sądu kasacyjnego nie sądzi sprawy spornej, lecz sądzi o »sądzeniu«; w następstwie czego nie stanowi orzecznictwo sądu kasacyjnego stopnia w jurysdykcji sądowej. Trybunał kasacyjny jest trybunałem trybunałów.

Środek kasacji dopuszczalny jest od orzeczeń prawomocnych, wydanych w II. instancji lub nawet wydanych w I. instancji, ale już niewzruszalnych w drodze zwyczajnych środków odwoławczych.

Przyczyną skargi kasacyjnej jest w najszerszem słowa znaczeniu »violation de la loi«. Tyczy się to wszelkiego rodzaju norm prawnych, a więc i prawa zwyczajowego. Ponieważ sąd kasacyjny nie rozstrzyga sprawy, przeto nie bada stanu faktycznego, lecz tylko zastanawia się, czy przepis prawny był dobrze stosowany. Praktyka sądu zna kilka przypadków pogwałcenia prawa, a mianowicie: niewłaściwość sądu przedmiotową lub miejscową, niezachowanie form procesowych przepisanych pod rygorem nieważności postępowania, nieuwzględnienie kwestji sprawy osądzonej.

Sprawa naprzód jest przedmiotem rozpoznania w »chambre de requette«; a o ile tenże wydział nie odrzuci wniesionej skargi kasacyjnej, rzecz przechodzi do »chambre civile«. Zachodzi ta nieprawidłowość, że w »chambre de requette« bywa badaną prawność podstaw skargi kasacyjnej, a w razie przyjęcia, że istnieje pogwałcenie prawa, sprawa przechodzi do »chambre civile«, która w ten sposób po raz

wtóry bada tę samą skargę kasacyjną. W »chambre de requette« nie bierze udziału przeciwnik, co jest zupełnie zrozumiałem, bo wówczas będzie dopiero przeciwnik interesowanym, jeżeli sąd rozpisze rozprawę w rzeczy samej przed »chambre civile«. Sąd kasacyjny albo znosi wyrok i odsyła sprawę do sądu tego samego rodzaju, albo też odrzuca skargę kasacyjną.

Wniesiona skarga kasacyjna nie ma w zasadzie charakteru wstrzymującego egzekucję, bo wyrok sądu apelacyjnego lub trybunału I. instancji jest wyrokiem prawomocnym. Mimo to, z biegiem czasu okazało się, że przepis ten nie jest praktycznym i że wskazanem jest w pewnych, aczkolwiek wyjątkowych przypadkach wstrzymanie egzekucji. w razie założenia skargi kasacyjnej. Jest to przewidziane w ustawie z r. 1893 i w innych, a mianowicie w przypadkach rozwodu i separacji, niemniej w sprawach cłowych i t. d.

Jeżeli sąd kasacyjny przychyla się do skargi kasacyjnej i odsyła sprawę do sądu tego samego rodzaju, jak sąd, którego wyrok zaczepiony został skargą kasacyjną, wówczas przeprowadzoną zostaje rozprawa ustna na nowo. Kwestja, czy w podobnych razach mogą być dochodzone nowe roszczenia, jest w praktyce wątpliwą. Zapatrywanie prawne, wyrażone przez sąd kasacyjny (i to dopiero od r. 1837), wówczas wiąże sądy niższe, jeżeli ta sama zasada prawna dwukrotnie przez sąd kasacyjny była wyrażona i to przy zachowaniu pewnych formalności. Jest to odbiegnięciem od typu ścisłej kasacji, która ma wyłącznie charakter kontroli. Takie stanowisko zajmuje trybunał kasacyjny do r. 1837 (Glasson, Tom II. str. 167 i dalsze).

Przepisy o sądzie kasacyjnym weszły w zastósowanie i w Ks. Warszawskiem. Było to zasługą ministra sprawiedliwości Łubieńskiego, który we formie rozporządzenia ministerjalnego łącznie z kodeksem napoleońskim wprowadził równolegle i przepisy procesu cywilnego. I w ten to sposób w niedługim okresie czasu przepisy o sądzie kasacyjnym co do zasad przewodnich, powyżej wymienione, stają się częścią składową prawodawstwa Ks. Warszawskiego.

Organizacja sądu kasacyjnego za czasów Ks. Warszawskiego była podobną do organizacji sądu kasacyjnego paryskiego, z tą głównie różnicą, że »chambre de requette« t. zw. komisja podań i instrukcji nie odrzucała sama skargi — o ile uważała, że brak warunków skargi kasacyjnej, lecz przedstawiała wnioski swe sądowi kasacyjnemu, ewentualnie zarządzała instrukcją sprawy (Fierich: »Sąd trzeciej instancji i najwyższy sąd sejmowy« — str. 28, Litauer: Sąd kasacyjny Ks. Warszawskiego). Ten stan rzeczy przechodzi także do Rzeczypospolitej Krakowskiej, gdzie funkcje »chambre de requette« obejmuje fakultet prawniczy Uniwersytetu Jagiellońskiego. Niezwykle to ciekawa struk-

tura złączenia grona rzeczoznawców a właściwie władzy administracyjnej z organizacją sądową. (Fierich — jak wyżej, str. 77 i dalsze).

Po kilku latach trwania typu sądu kasacyjnego w Ks. Warszawskiem, typ rewizyjny przybiera w Sądzie Najwyższym warszawskim dominujące stanowisko, łącząc strukturę kasacji z zadaniami rewizji.

Ten stan rzeczy ulegał współcześnie ostrej krytyce w obronie czystego typu kasacji [1]).

Zwracając się do zestawienia trzech ustaw procesowych, obowiązujących na ziemiach polskich w przedmiocie omawianym, należy zwrócić uwagę na następujące wytyczne:

1. Wedle wszystkich tych trzech ustaw funkcje Sądu Najwyższego spełnia sąd wchodzący w skład ustroju sądownictwa, nie zaś instytucja poza ustrojem tym stojąca.

2. We wszystkich tych trzech procedurach postępowanie przed sądem, spełniającym funkcje Sądu Najwyższego jest postępowaniem sądowem, określonem przez procedurę cywilną (art. 801—804 p. c. ros., §§ 509—513 proc. cyw. austr., §§ 557—566 proc. cyw. niem.).

3. Tak wedle procedury austrjackiej, jak również rosyjskiej i niemieckiej rozpoznanie sprawy przez Sąd Najwyższy wyprzedza postępowanie instrukcyjne (§§ 513, 470—479 proc. cyw. austr., art. 802 proc. cyw. ros., § 554 a) proc. cyw. niem.).

4. Wedle ustaw procesowych, rosyjskiej i niemieckiej, Sąd Najwyższy rozpoznaje sprawę na rozprawie jawnej (art. 803 i 804 proc. cyw. ros., §§ 557 i 273 proc. cyw. niem.). Wedle zaś procedury austrjackiej Sąd Najwyższy z reguły rozstrzyga sprawę na posiedzeniu tajnem, bez poprzedniej ustnej rozprawy (§ 509 u. 1. p. c. austr.), a ustna rozprawa może być tylko wyjątkowo zarządzona przez sąd na wniosek lub z urzędu (§ 509 u. 2. p. c. austr.). Nadmienić należy, iż dotychczas Izba sądowa warszawska dla Małopolski przy Sądzie Najwyższym nie korzysta z powyższego uprawnienia.

5. Wedle ustawy procesowej rosyjskiej Sąd Najwyższy występując tylko kasująco, w rzeczy samej nigdy nie orzeka.

Wedle procedury austrjackiej Sąd Najwyższy z reguły orzeka w sprawie samej (§ 510 p. c. austr.).

Wreszcie wedle ustawy procesowej niemieckiej Sąd Najwyższy występuje wprawdzie orzekająco, orzekanie jednak przez ten sąd w rzeczy samej ograniczonem jest w ustawie tylko do pewnych przypadków (§ 565).

---

[1]) Dzierożyński — Rzecz o sądzie najwyższym czyli o potrzebie przywrócenia zupełnego sądu kasacyjnego w Król. Polskiem Warszawa 1828 r. W trafnych wywodach historycznych, niemniej w motywach opartych na datach statystycznych wymownie broni swego poglądu, zwłaszcza str. 66 i dalsze.

6. We wszystkich omawianych ustawach procesowych ocena prawna, na której Sąd Najwyższy oparł swój wyrok, wiąże sąd, któremu sprawa z powrotem do rozpoznania przekazaną została (§ 511 p. c. austr., art. 813 proc. cyw. ros., § 565 u. 2. p. c. niem.).

7. Wedle procedury rosyjskiej wniesienie skargi w przedmiocie kasacji z reguły nie wstrzymuje wykonania wyroku zgodnie z charakterem tej skargi (art. 814 p. c. ros.). Przeciwnie wedle procedury austrjackiej i niemieckiej (§§ 704 i 705 p. c. niem.) wniesienie rewizji wstrzymuje wykonanie wyroku.

Jak z powyższego zestawienia widać, rozbieżność między omawianemi procedurami zachodzi jedynie w kwestjach pod 4., 5. i 7. wymienionych.

Zwracając się do ustawodawstwa węgierskiego i berneńskiego należy w kilku słowach zwrócić uwagę na najbardziej charakterystyczne przepisy, tyczące się rewizji, ewentualnie skargi nieważności, a objęte powyższemi procedurami.

Procedura węgierska aczkolwiek przyznaje w swoich motywach wyższe przymioty typowi kasacji od typu rewizji, mimo to przyjmuje, uwzględniając potrzeby lokalne, a więc ze względów oportunistycznych typ rewizji i to może jeszcze bardziej skrajny od procedury niemieckiej.

Według procedury węgierskiej prawidłowo sąd rewizyjny rozstrzyga sprawę na podstawie ustnej rozprawy. Jedynie w tych przypadkach, w których zaczepiony jest wyrok trybunału, jako sądu odwoławczego, a wartość przedmiotu sporu nie przewyższa oznaczonej w ustawie kwoty, sąd rewizyjny rozstrzyga sprawę na podstawie j a w n e g o s p r a w o z d a n i a r e f e r e n t a bez wyznaczenia ustnej rozprawy. Strony nie bywają wzywane na posiedzenie, lecz tylko zostają uwiadomione o terminie sądowym za kratkami sądowymi (§ 545). W przypadkach tych nie przysługuje stronom prawo przemawiania. Jest to jedyny w swoim rodzaju sposób określenia kontroli stron nad sprawozdaniem referenta, bez możności jednak współudziału przy rozprawie. W jawnem sprawozdaniu tkwi zapewnienie przedstawienia zgodnego z aktami stanu rzeczy.

Z licznych przepisów procedury węgierskiej jedynie ten przepis, jako niezwykle charakteryczny przytoczyć należy.

Procedura berneńska świeżej daty w znacznej mierze hołdująca pisemności, w wielu kierunkach odbiega od ustaw nowożytnych.

Procedura berneńska zna skargę nieważności przeciw wyrokom. Jeżeli skarga ta wniesioną jest przeciwko wyrokom sądów okręgowych — wówczas przedstawia się wyłącznie jako skarga nieważności w przypadkach wybitnych wadliwości procesowych, w ustawie dokładnie

wymienionych (art. 359 L. 1—6). Jeżeli natomiast skierowaną jest przeciwko ostatecznie sprawę załatwiającym wyrokom prezydenta sądu lub sądu powiatowego, wówczas skarga nieważności ponadto tyczyć się będzie: 1) kwestji przedmiotowej właściwości sądu, 2) pogwałcenia wyraźnego przepisu prawa, czy to procesowego, czy to prawa cywilnego, albo też wreszcie opierać się będzie na widocznie niewłaściwem uzasadnieniu niezgodnem z aktami i niewłaściwej ocenie przeprowadzonego dowodu.

Otóż w przypadku pod 2), jeżeli skarga nieważności wniesioną zostanie przeciw wspomnianym wyrokom, wówczas bedzie mógł sąd apelacyjny, który rozstrzyga skargę nieważności, wydać wyrok nowy w miejsce znieść się mającego wyroku, przyczem wychodzimy z założenia, że akta procesowe są zupełne (art. 360, 365). Sąd apelacyjny będzie jednak mógł, jeżeli to uznaje za wskazane, sprawę zwrócić do nowego rozstrzygnięcia, a pogląd prawny sądu apelacyjnego wiąże sądy niższej instancji.

Przepis procedury berneńskiej o tyle jest charakterystyczny, że prawidłowa działalność sądu apelacyjnego jest kasacyjną, o ile jednak akta są zupełne, czyli o ile sprawa jest dojrzałą (postępowanie jest pisemnem) — o tyle sąd w rzeczy samej orzec może, lecz nie musi. Inaczej rzecz się ma w procedurze niemieckiej (§ 565) i procedurze węgierskiej (§ 543), według których w podobnych przypadkach Sąd Najwyższy orzekać ma — a nie tylko może.

W myśl przepisów procedury berneńskiej postępowanie jest kasacyjnem z pewnem odchyleniem w kierunku rewizji i to zależnem od uznania sądu. Jest więc zażaleniem nieważności, bardzo zbliżonem do typu kasacji.

Zestawiając typ kasacji z typem rewizji, dochodzimy do następujących wytycznych:

1. Trybunał kasacyjny jest organem władz kontrolujących w Państwie, który w obronie interesu publicznego kontroluje wyroki sądów i ma prawo je kasować. W tej formie stoi trybunał kasacyjny poza ustrojem sądownictwa. Inaczej rzecz się ma ze sądem rewizyjnym. Sąd rewizyjny jest sądem udzielającym stronom ochrony prawnej, broniąc przedewszystkiem interesu prywatnego. Zgodnie ze swoim charakterem rewizja przysługuje tylko stronom, podczas gdy skarga kasacyjna może być w obronie ustawy założona także przez władzę państwową (Prokuratora Państwa).

2. Skarga kasacyjna jako środek nadzwyczajny odwoławczy, mający za przedmiot tylko utrzymanie powagi ustaw i rozporządzeń, nie powinna mieć skutku zawieszającego. Przeciwnie rewizja, jako zwyczajny procesowy środek odwoławczy ma skutek zawieszający.

3. Postępowanie przed sądem kasacyjnym wymaga, jak najściślej formalnego uzasadnienia przyczyn naruszenia przepisu prawnego, — natomiast środek odwoławczy rewizji postawiony jest na równi z podstawami do wniesienia odwołania.

4. Postępowanie przed sądem kasacyjnym nie jest postępowaniem sądowo-cywilnem, lecz jest postępowaniem przed instytucją, stojącą poza ustrojem sądowym, przed którą postępowanie jest podobne, ale nie jest takie samo, jak postępowanie sądowe. — Postępowanie rewizyjne jest częścią składową postępowania sądowo-cywilnego. Wszystko to jest następstwem tej myśli przewodniej, że postępowanie kasacyjne nie ma na celu sądzenia sprawy samej, lecz jest sądem o sądzeniu, nie jest stopniem w sądzeniu spraw cywilnych.

Obie koncepcje powyżej omawiane stanowią niejako dwie krańcowe możliwości po raz trzeci wzięcia pod rozwagę sprawy prawnej. Zasady celowości jednak — jak wszędzie, tak i tutaj — zdala od wymagań doktryny, żądają, aby tę niejednokrotnie prosto biegnącą linję, oddzielającą pojęcia ściśle teoretyczne łamać lub giąć.

Instytucję, którą możnaby umieścić między rewizją a kasacją, a która w tem lub w innem odcieniu to do tej, to do tamtej formy się zbliża, a przecież ma w sobie coś oryginalnego, jest instytucja zażalenia nieważności. Można w różnych jej formach, znanych szeregom ustaw procesowych, a zwłaszcza projektom (pruskim, niemieckim, austrjackim, proj. hannowerski z r. 1864 [1]) dopatrzeć się pewnych cech, przypominających po części rewizję, a po części kasację.

Zażalenie nieważności nie jest czystą koncepcją, jak rewizja lub kasacja, lecz jest połączeniem obu form.

Główną, wspólną cechą typu różnych odmian zażalenia nieważności jest, iż powołanym do rozstrzygania zażalenia nieważności jest sąd, stanowiący część ustroju sądownictwa. W następstwie tego postępowanie przed sądem wspomnianym będzie postępowaniem sądowo-cywilnem. Ponadto, zażalenie nieważności liczy się z możnością zawieszenia mocy egzekucyjnej wyroku zaczepionego, niemniej liczy się z mocą obowiązującą sądy niższe zasady prawnej, wyrażonej przez sąd najwyższy. Forma postępowania zbliża się do postępowania kasacyjnego.

Do rewizji zbliża się zażalenie nieważności w tym kierunku, że w pewnych wyjątkowych przypadkach Sąd Najwyższy orzeka w sprawie samej.

Każda z tych koncepcyj ma swoich zwolenników i przeciwników.

---

[1]) Obradom nad kwestją, czy wprowadzić kasację, rewizję, czy zażalenie nieważności, nieomal poświęcony jest cały tom X. obrad Komisji hannowerskiej.

Sądzić jednak należy, że koncepcja rewizji z punktu widzenia potrzeb racjonalnego postępowania ma szereg wad. Wyjść należy z założenia, iż sprawę merytorycznie załatwić może i powinien tylko ten sąd, który miał sposobność przeprowadzić sprawę całą i na podstawie przez siebie zebranego materjału, wydać wyrok. Każda »revisio in jure« — polegająca nietylko na kontroli, lecz także i kończąca się możliwie orzekaniem w sprawie samej ma właśnie tę wadę, że orzeka sędzia na podstawie stanu rzeczy, ustalonego przez innego sędziego.

Z drugiej strony, nie jest rzeczą do przeprowadzenia oddzielenie faktu od przepisów prawnych i to tak, aby t. zw. stan faktyczny rzeczywiście tylko był zestawieniem »podstaw faktycznych« orzeczenia. Sędzia używając w stanie faktycznym pojęć w społeczeństwie utartych, jak np. »zapłacił«, »pożyczył«, »potrącił« i t. d. przesądza już kwestję prawną, co właśnie nie powinno było nastąpić, czyli rewizja »in jure« jest już ograniczoną przez ustalenie kwestji w sposób prawny we wyroku sądu apelacyjnego.

Zwolennicy typu rewizji przytaczają szereg motywów, uzasadniających ten typ środka odwoławczego. Tembardziej poglądu tego pominąć nie można, że kwestja ta była poruszaną przez prawników naszych przy obradach Komisji Krakowskiej w r. 1918 nad procedurą cywilną [1]). Wówczas to dano wyraz poglądowi: że należy Sądowi Najwyższemu powierzyć rozstrzygnięcie w przypadku, gdy uchylenie wyroku apelacyjnego następuje z powodu pogwałcenia prawa, a sprawa jest dojrzałą pod względem faktycznym czyli wprowadzić w znacznej mierze typ rewizji. Ma to być rzekomo podyktowane interesem wybitnym stron, dla których w razie uchylenia wyroku pozostaje tylko zwłoka i koszta II. instancji. Nadto zaznaczono, że na treść rozstrzygnięcia to i tak wpływu nie może mieć, bo zapatrywanie Sądu Najwyższego wiąże sąd apelacyjny. Pogląd ten nasuwa poważne wątpliwości, gdyż sprawa wróciwszy do sądu apelacyjnego wywołuje rozpisanie ponownej rozprawy apelacyjnej; ta zaś rozprawa może spowodować zmianę już ustalonego stanu faktycznego, a w następstwie wywołać także inne orzeczenie, niż to, któreby zapadło w Najwyższym Sądzie. I tego pominąć nie można, że wobec możliwie zmienionego stanu faktycznego wypowiedziane zapatrywanie prawne Sądu Najwyższego nie zawsze będzie wiązało sąd apelacyjny. Tem samem trudno podzielać pogląd, jakoby obojętną było rzeczą, czy wyrok wyda Sąd Najwyższy, czy apelacyjny, skoro w każdym z tych sądów inny wyrok zapaść może. A jeżeli zapytamy, który z tych wyroków więcej czyni zadość sprawiedliwemu orzecznictwu, to niewątpliwie powiemy, że odnosi się to

---

[1]) Polska procedura cywilna, j. w. str. 176 i 177.

do wyroku sądu apelacyjnego, skoro ten kierując się zasadą bezpośredniości i ustności, mogąc przeprowadzić wszelkie uzupełnienia wskazane, będzie mógł wydać wyrok. Z tych też przyczyn stać należy na stanowisku, iż zasadniczo, choćby dojrzałą sprawę pod względem faktycznym, odesłać należy do sądu apelacyjnego.

Niewątpliwie, że narazi to na pewną odwłokę i koszta, ale nie jest to w żadnym stosunku do możności uzyskania sprawiedliwego, a ostatecznie mającego załatwić sprawę wyroku.

Zwolennicy apelacji »cum beneficio novorum« powinni być zwolennikami typu kasacji, bo jeżeli niemożność oddzielenia faktu od kwestji prawnej jest jednym z najważniejszych motywów prowadzenia apelacji w pełni, to ten sam motyw przemawia przeciw rewizji a za kasacją.

Wprawdzie i przy kasacji stanowisko sędziego ma charakter kontrolujący, jednak sprawa wraca przed sędziego apelacyjnego, który orzeka, na podstawie przeprowadzonej rozprawy, obejmującej jej faktyczne i prawne podstawy.

Z drugiej strony typ ścisłej kasacji ma szereg wad. Stworzenie instytucji poza organizacją sądową, czyli stworzenie sądów sądzących o sądzeniu przez sędziów w konsekwencji doprowadza do negacji wymiaru sprawiedliwości, czego dowodem historyczny rozwój instytucji kasacji we Francji.

Orzeczenie trybunału kasacyjnego, wyrażającego pewną zasadę prawną, jak poprzednio stwierdziliśmy, pierwotnie we Francji nie wiązało sądów niższych. Dopiero ustawą z roku 1837 (Glasson — jak wyżej 203) musiano złamać zasadę, że tylko trybunał kasacyjny kasuje, a nigdy nie orzeka. Tem samem, gdy zasada prawna przez sąd kasacyjny wyrażona wiąże sądy niższej instancji we Francji, to tem samem rzec można, wiążąc sędziego, zmusza go do pewnego jurydycznego sposobu myślenia.

Ponadto przekonano się we Francji, że w pewnych przypadkach należy wskutek wniesienia skargi kasacyjnej, wstrzymać wykonanie wyroku sądu apelacyjnego. Glasson w dziele swojem stwierdza (str. 191, 192), że w zasadzie środek kasacji nie ma charakteru wstrzymującego egzekucji — z wyjątkiem przypadków, w których interes publiczny tego wymaga, aby egzekucja wyroku sądu apelacyjnego uczynioną była zależną od upływu czasokresu do wniesienia środka kasacji.

Glasson zastanawiając się nad omawianą kwestją, zwraca uwagę na wielkie trudności, połączone z brakiem mocy wstrzymującej środka prawnego kasacji. I tak czytamy: »Cette solution offre souvent de bien graves inconvenients et, sans admettre que le purvoi en cassation soit suspansif de plein droit, comme l'appel, on aurait pu laisser à la cour

suprême un droit d'appréciaton avec faculté d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée toutes les fois qu'il peut résulter de cette exécution un grave préjudice pour le cas où la decision serait plus tard cassée«.

Również nabrano przekonania we Francji, że w małym zakresie trybunał kasacyjny, aczkolwiek nie jest sądem we właściwem znaczeniu, sam orzekać winien np. w razie, jeżeli skarga zostanie odrzuconą z powodu niewłaściwości sądu, sprawy osądzonej, co już sędzia pierwszy uskutecznić był winien. I w tym względzie Glasson jest za odbiegnięciem od ścisłego typu kasacji, uważając zwrot sprawy przez sąd kasacyjny do rozsądzenia sądowi niższej instancji w wielu przypadkach za niepotrzebny. I tak czytamy na stronie 206, iż jest to wskazanem, aby »...... éviter des inutilites, des longeuers, des frais et meme des puérilités, en supprimant le renvoi«.

Wszystkie te okoliczności świadczą o znacznem z biegiem czasu odchyleniu typu czystej kasacji ku typowi rewizji a właściwie ku zażaleniu nieważności. Obecne postępowanie kasacyjne we Francji nie jest kasacyjnem postępowaniem we właściwem słowa znaczeniu.

Wady postępowania rewizyjnego a przymioty kasacyjnego uznają nawet te procedury, które wprowadziły postępowanie rewizyjne; wśród nich wymienić należy zwłaszcza procedurę węgierską (Gottl — str. 302). Jak z materjałów do tej procedury widoczne, przyjęto typ rewizji, skoro »przynajmniej« na Węgrzech według zaczerpniętych doświadczeń w razie wprowadzenia kasacji nie byłby należycie zabezpieczony wymiar sprawiedliwości, a to zwłaszcza z tej przyczyny, iż postępowanie kasacyjne jest na wskróś formalistyczne, co wymaga wielkiej czujności stron w ochronie ich praw.

Reasumując powyższe wywody, dochodzimy ostatecznie do następujących wniosków:

1. Wobec przepisów konstytucji polskiej o Sądzie Najwyższym, należy Sądowi Najwyższemu zapewnić współudział w załatwianiu spraw cywilnych.

2. Działalność Sądu Najwyższego polegać winna na kontroli, skoro wykluczonem jest, aby sprawa po raz trzeci mogła być w całej rozciągłości przedmiotem rozpoznania przed Sądem Najwyższym.

3. Mając do wyboru formę rewizji i kasacji, a raczej mogąc wybierać pomiędzy kontrolą, której ostatecznem zadaniem jest zbadanie, czyli wyrok skasować, czy też nie, a przypadkiem, w którym kontrola polega na możności kasacji, a ewentualnem załatwieniem merytorycznem sprawy, z tych dwóch dróg wybieramy pierwszą, t. j. kontrolę z charakterem kasacji, gdyż ona z przyczyn poprzednio podanych lepiej służy wymiarowi sprawiedliwości.

4. Sprawę załatwiać winien Sąd Najwyższy, stanowiący część składową ustroju sądownictwa, co wynikałoby już znowu z samej konstytucji. Poza tem nie ma racjonalnego powodu, aby stwarzać koncepcję podobną, jak trybunał kasacyjny we Francji t. j. stwarzać sąd prawa publicznego.

5. Należy uważać postępowanie przed sądem kasacyjnym jako postępowanie sądowo-cywilne i to procesowe, a więc stanowiące część składową procedury cywilnej. Do tego postępowania mają zastosowanie ogólne zasady procesu cywilnego.

6. Środek odwoławczy skargi kasacyjnej jest środkiem nadzwyczajnym. Wyrok sądu odwoławczego jest wyrokiem prawomocnym, a tem samem zdolnym do wykonania. To zasada. Względy jednak oportunizmu wymagają, aby w pewnych, ustawą przewidzianych przypadkach, ze względu na interes publiczny i ze względu na nieuchronną szkodę, złączoną z wykonaniem wyroku sądu odwoławczego, wyjątkowo zezwolić na wstrzymanie wykonalności wyroku sądu II. instancji. Przykładem może być tutaj struktura procedury rosyjskiej.

Innych kwestyj na razie nie poruszamy, bo są jednakowo uregulowane, tak w rewizji, jak i w kasacji.

Wśród tych warunków proponowaną koncepcję winniśmy właściwie uznać, jako odmianę typu zażaleń nieważności. Odbiega on tak od koncepcji kasacji, jak i rewizji, łącząc w sobie obie koncepcje przy zachowaniu cech wspólnych wszystkim odmianom zażaleń nieważności. Chodzi tutaj raczej o nazwę, niż o rzecz, gdyż środek odwoławczy do III. instancji w procedurze rosyjskiej ma nazwę skargi kasacyjnej, aczkolwiek w porównaniu ze ścisłym typem kasacji ma mało wspólnych cech. Tem samem stwierdzić możemy, że używaliśmy w projekcie terminu »skarga kasacyjna«, aczkolwiek teoretycznie rzecz biorąc właściwszym terminem byłoby »zażalenie nieważności«. Termin »skarga kasacyjna« więcej już się zżył z naszym światem prawniczym. Kwestja ta przeważnie terminologiczna jest troską późniejszą.

Projekt przedłożony zawiera specjalne postanowienie, w których przypadkach Sąd Najwyższy zupełnie wyjątkowo orzekać może w sprawie samej.

Wyszliśmy z założenia, że jak wszędzie, tak i tutaj kwestja oportunizmu może i powinna wywołać pewne wyłomy. Otóż wskazanem jest, aby jeżeli obie strony uważają, iż sprawa jest należycie pod względem faktycznym ustaloną i chodzi im jedynie rzeczywiście o zastosowanie przepisu prawnego, wówczas w imię szybkości postępowania i zmniejszenia kosztów procesowych będą mogły strony wnieść, aby Sąd Najwyższy, uznając sprawę za dojrzałą do rozstrzygnięcia, wyręczył sąd odwoławczy i załatwił sprawę merytorycznie. W tym to

przypadku Sąd Najwyższy zastosuje przepisy o wyrokowaniu przez sąd apelacyjny. Z istoty rzeczy jednak nie będzie już dopuszczalnym dalszy środek prawny, skoro wyrok wydał Sąd Najwyższy. Prawdopodobnie najczęściej będą strony mogły korzystać z tego środka łącznie ze zastosowaniem przepisu art. 9. ustęp 2. proj. t. j. z oświadczeniem zrzeczenia się ustnej rozprawy kasacyjnej.

Odbiegnięcie od typu kasacji, a zbliżenie się ku rewizji nie ma jednak głębszej doniosłości, gdyż zastosowanie powyższego przepisu wyłącznie jest zależnem od woli stron spór wiodących; czyli jeżeliby strony nie korzystały z tego przepisu, postanowienie byłoby niejako postanowieniem papierowem, a cała konstrukcja postępowania w Najwyższy Sądzie w najogólniejszych zarysach przypominałaby procedurę rosyjską. Natomiast w szczegółach, jak poznamy, typ proponowany znacznie odbiegałby od procedury rosyjskiej. Przepis ten w projekcie umieszczamy, przez co bynajmniej nie przesądza się tej sprawy. Obecny projekt przedwstępny może i powinien wywołać dyskusję, zwłaszcza wśród prawników b. Królestwa Polskiego, którzy najlepiej potrafią ocenić, ażali podobne postanowienie w postępowaniu przed Sądem Najwyższym rokuje pewne widoki powodzenia, czy też nie? Czy można snadnie przypuszczać, że w niektórych przypadkach adwokaci zgodnie złożą oświadczenie, iż pragną, aby Sąd Najwyższy uznawszy sprawę za dojrzałą, sam merytoryczne orzeczenie wydał? Przepis ten nigdy nie może zasługiwać na nazwę mylnego, co najwyżej na nazwę przepisu zbytecznego. Odpadnięcie tegoż postanowienia w niczem nie spowoduje ujmy całokształtowi proponowanej konstrukcji postępowania przed Sądem Najwyższym [1]).

---

[1]) Postępowanie przed Sądem Najwyższym na podstawie powyższego referatu przedstawił prof. Litauer na posiedzeniu Sekcji prawa cywilnego Towarzystwa Prawniczego w Warszawie. Tytuł referatu prof. Litauera opiewał: »Kasacja czy rewizja w polskim procesie cywilnym«.

Sekcja wybrała podkomisję celem zastanowienia się nad projektem referenta Komisji Kodyfikacyjnej (prof. Fiericha) »o postępowaniu przed Sądem Najwyższym«.

Podkomisja po przeprowadzeniu dyskusji powzięła następujące uchwały:

»1) Sąd Najwyższy w sprawach cywilnych jest instancją kasacyjną powołaną do rozstrzygnięcia skarg o uchylenie wyroków Sądów Apelacyjnych i odwoławczych w razie pogwałcenia przepisów prawa materjalnego, zarówno w razie pogwałcenia istotnych form postępowania sądowego.

2) Sąd Najwyższy jest instancją restytucyjną i ma prawo uchylenia wyroków ostatecznych w wypadkach wykrycia nowych okoliczności lub ujawnienia fałszu dokumentów, które stanowiły podstawę do wydania wyroku.

Cała proponowana konstrukcja jest kompromisem dwóch skrajnych koncepcji kasacji i rewizji, stojąc zdala od wysnucia ścisłych konsekwencji, czy to z pojęcia kasacji, czy to z pojęcia rewizji. Ta tchnąca oportunizmem kompromisowa koncepcja stwierdza, że fotel kodyfikatora nie jest katedrą uniwersytecką.

---

3) W jednym i drugim wypadku Sąd Najwyższy rozstrzygając spór jedynie odnośnie do prawnej strony w granicach przez petentów określonych, wyrok zaskarżony uchyla i sprawę przesyła do ponownego jej osądzenia przed forum instancji apelacyjnej, bądź tej samej, której wyrok został uchylony, bądź innej instancji apelacyjnej tego samego stopnia, bądź skargę oddala, nie wdając się w rozstrzygnięcie istoty sprawy.

4) Sąd Najwyższy w wypadkach przekroczenia przez sądy niższe granic kompetencji, bądź w wypadkach, gdy sprawa z istoty nie ulega rozpoznaniu władz sądowych ma prawo jednocześnie z uchyleniem wyroku postępowanie umorzyć bez potrzeby przesyłania jej do sądu apelacyjnego.

5) Niezależnie od skarg przez strony wnoszone Sąd Najwyższy, jako instancja kasacyjna rozpoznaje wnioski Naczelnego Prokuratora Sądu Najwyższego bądź Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie jednolitego stosowania prawa przez instytucje sądowe, bądź wykładni obowiązujących przepisów.

6) We wszystkich sprawach w Sądzie Najwyższym przy ich rozpoznaniu bierze udział Urząd Publiczny, którego wniosek przed zamknięciem rozprawy wysłuchany być winien.

Rozprawa przed Sądem Najwyższym będzie jawna i ustna. nieobecność stron nie tamuje rozpoznania sprawy i rozstrzygnięcia.

7) Przed wniesieniem sprawy na plenum będzie ona rozpoznana co do formalnych wymagań przez komplet na tajnem posiedzeniu gospodarczem.

8) W wypadkach rozbieżności zdań Sędziów przy rozstrzygnięciu kasacji i gdy jeden z Sędziów zgłosi konieczność poddania kwestji celem jednolitego stosowania ustawy, sprawa zostaje przekazaną pełnemu kompletowi Izby.

9) Orzeczenia jednego kompletu Izby Sądu Najwyższego będą publikowane i stosowane przez wszystkie Sądy celem jednolitego stosowania wykładni prawa.

10) Skarga kasacyjna nie wstrzymuje wykonania wyroków, wyjąwszy wypadki ściśle określone«.

Powyższe uchwały podkomisji były przedmiotem narad Sekcji prawa cywilnego, która dała wyraz poglądowi, że przyjąć należy system kasacyjny, z wyjątkiem jednego głosu, który oświadczył się za systemem rewizyjnym.

Pomiędzy zwolennikami systemu kasacyjnego jeden głos się oświadczył za odchyleniem w kierunku rewizji w myśl art. 21. powyższego referatu.

Uwagi szczegółowe.

Do art. 1. Skarga kasacyjna jest dopuszczalną przeciwko wyrokom II. instancji, wydanym przez sąd apelacyjny lub sąd okręgowy. O ile pewne sprawy będą ostatecznie załatwione w I. instancji, o tyle prawidłowo nie będzie dopuszczalna skarga kasacyjna do najwyższego sądu (ob. Glasson j. w. T. II. str. 169 i 170).

Na pytanie: Czy skarga kasacyjna ma być wykluczoną w procesach, jeżeli przedmiot sporu, co do którego rozstrzygał sąd odwoławczy, nie przenosi kwoty oznaczonej w gotówce lub w równowartości, należy dać odpowiedź twierdzącą. Odpowiada to typowi francuskiemu, niemieckiemu, austrjackiemu itd. — Pytanie to będzie mogło być jednak przedmiotem ostatecznego omówienia dopiero łącznie z pytaniami, tyczącymi się wysokości kwot, które w procesie cywilnym będą miały wpływ na właściwość i rodzaj postępowania.

Do art. 2. Skarga kasacyjna będzie dopuszczalną w przypadku pogwałcenia prawa, a więc niezastósowania prawa, lub nienależytego zastosowania. Ta ogólna stylizacja odpowiada tak systemowi francuskiemu (»violation de la loi«), jak systemowi procedury niemieckiej i innym.

W procedurze francuskiej, przez długoletnią praktykę stwierdzono, że pojęcie pogwałcenia prawa tyczy się tak pogwałcenia ustawy, jak i prawa zwyczajowego, — tak pogwałcenia prawa swojskiego, jak i obcego – (o ile ustawodawstwo francuskie odsyła do ustawodawstwa obcego). Wreszcie pogwałcenie prawa wynikać winno z samego orzeczenia sędowego, nie zaś tylko z motywów.

W procedurze rosyjskiej w art. 793 L. 1, zaznaczonem jest, że w razie j a w n e g o pogwałcenia w y r a ź n e j myśli prawa, lub niewłaściwej wykładni tegoż, dopuszczalną jest skarga w przedmiocie kasacji. — Specjalnych przypadków ustawa nie wymienia. Podobnie rzecz się ma w procedurze berneńskiej (art. 360 L. 2), która stanowi o naruszeniu »wyraźnego« przepisu prawa. (Obacz także str. 3745 prot. han.).

Sądzić należy, że stanowisko zajęte przez system francuski i niemiecki jasno myśl przedstawia, a wyrazy czy »jawne« czy »wyraźne« pogwałcenie prawa — niepotrzebnie sędziego krępują. Pogwałcenie prawa zawsze zachodzi, jeżeli niezastosowanie przepisu postępowania sądowego pociąga za sobą w myśl ustawy nieważność. Przepisy te bezwzględnie sędzia winien zastósować. Poza tem sąd ma swobodę w ocenie, czy pogwałcenie postępowania sądowego nastąpiło i dlatego użyto w art. 2. zwrotu »zwłaszcza«. Specjalne przypadki przytacza proj. han. w § 588 i dalszych (str. 3726 i dalsze, niemniej str. 3732).

Do art. 3—7. Skarga kasacyjna wniesiona zostaje do sądu odwoławczego, którego wyrok został zaczepionym. Ten sąd będzie mógł najlepiej zarządzić zebranie dotyczących aktów I. i II. instancji, celem przedłożenia ich sądowi najwyższemu, — (tak się rzecz ma w procedurze węgierskiej § 527).

Podobnie, jak we Francji, w Niemczech, w Austrji itd., podobnie i według projektu część postępowania odbędzie się w sądzie, którego wyrok został zaczepiony, a część i to właściwe postępowanie w sądzie najwyższym. Do sądu odwoławczego wniesionem zostanie pismo, obejmujące skargę kasacyjną.

Z istoty swojej obejmować ono będzie: dokładne oznaczenie przedmiotu zaczepienia, przyczyny ruszenia i żądanie ściśle oznaczone. Przyczyna ruszenia musi być dokładniej oznaczona, niż w postępowaniu odwoławczem. Jeżeli bowiem podstawą skargi kasacyjnej jest pogwałcenie przepisu prawnego, tem samem dokładne oznaczenie tego przepisu jest nieodzownem. Również strona przytoczyć winna uzasadnienie przyczyn ruszenia. Jeżeli przyczyny ruszenia polegają w naruszeniu przepisu z dziedziny postępowania sądowego, wówczas — o ile to jest potrzebnem — strona winna przytoczyć okoliczności faktyczne, uzasadniające pogwałcenie prawa. I tak n. p. strona twierdzi, że sędzia wyłączony załatwiał sprawę w sądzie odwoławczym, lub że zachodzi brak zdolności procesowej i t. d. — Otóż, w podobnych przypadkach będzie musiał żalący wykazać okoliczności stwierdzające pogwałcenie prawa.

Sąd odwoławczy bada jedynie: Czy skarga została wniesiona na czasie? Badanie kwestji, ażali skarga kasacyjna jest dopuszczalną lub też nie, — nie należy do sądu odwoławczego. Rzecz ta wymaga już głębszego wniknięcia w meritum sprawy, do czego sąd odwoławczy nie jest powołany. Na czasie wniesioną skargę kasacyjną udzieli sąd stronie przeciwnej do wniesienia odpowiedzi. Danie sposobności przeciwnikowi do wniesienia odpowiedzi jest tem usprawiedliwionem, że w pewnych, projektem przewidzianych przypadkach, będzie Sąd Najwyższy mógł załatwić skargę kasacyjną bez przeprowadzenia ustnej rozprawy, a więc bez dania przeciwnikowi sposobności do oświadczenia się.

Do art. 8—12. Postępowanie w sądzie najwyższym podobnie, jak w przeważnej ilości procedur, naśladujących typ francuski, rozpada się na badanie sprawy na posiedzeniu tajnem (ekonomicznem) i na postępowanie przy ustnej rozprawie jawnej. Chodziłoby o wymienienie spraw, które miałyby być przedmiotem rozpoznania na posiedzeniu tajnem. Łatwo zrozumieć, że sprawy natury mniej doniosłej i formalnej, przedewszystkiem nadają się do rozpoznania na posiedzeniu taj-

nem. W następstwie tego, na posiedzeniu tajnem będzie przedmiotem rozpoznania kwestja, czy skarga kasacyjna wniesiona została na czasie, co już miał zbadać sąd odwoławczy; nie jest wykluczonym bowiem przypadek, że nastąpiło z jego strony przeoczenie. Dalej badane będą na posiedzeniu tajnem kwestje dopuszczalności skargi kasacyjnej, a więc czy strona upoważnioną była ją wnieść, czy od wyroku zaczepionego służy skarga kasacyjna itd. Również, Sąd Najwyższy bada, czy zaszły warunki ustawowe skargi kasacyjnej: podanie dokładne przedmiotu zaczepienia, przyczyn ruszenia i t. d. Wątpliwości chyba nasuwać nie może, że w tych przypdkach Sąd Najwyższy na posiedzeniu tajnem stwierdziwszy braki, odrzuci skargę kasacyjną.

Znacznie trudniejszem i ważniejszem do rozstrzygnięcia jest pytanie, czy sądowi najwyższemu na posiedzeniu tajnem nie dać jeszcze szerszego zakresu działania. Projekt oddaje Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia wszystkie przyczyny ruszenia, które polegają na pogwałceniu przepisów postępowania sądowego. Przyczem wychodzi projekt ze założenia, że skarga kasacyjna obejmuje tylko przyczyny ruszenia, stwierdzające pogwałcenie prawa w dziedzinie postępowania sądowego.

Projekt kierował się tą myślą, że sprawy natury procesowej pod względem swej ważności i doniosłości ustąpić muszą miejsca kwestjom, tyczącym się prawa cywilnego, a więc rzeczy samej. W tych to przypadkach powinno się dać stronom możność współudziału we wymiarze sprawiedliwości przy ustnej rozprawie. W sprawach wkraczających w dziedzinę postępowania sądowego, sędzia na podstawie aktów w przedmiocie skargi kasacyjnej i możliwej odpowiedzi, ewentualnie po zażądaniu wyjaśnień natury faktycznej, będzie miał zupełnie wystarczającą podstawę do stwierdzenia, czyli pogwałcono normę prawną, czy też nie.

Postępowanie przy ustnej rozprawie odbywa się według zasad o ustnej rozprawie wogóle.

Postępowanie ma charakter kontroli, w następstwie tego z chwilą, gdy strona wniosła skargę kasacyjną, sąd z urzędu bada sprawę przy ustnej rozprawie bez względu na nieobecność jednej lub nawet obu stron. Nieobecność strony, ewentualnie stron pociąga za sobą z istoty rzeczy wynikający skutek, że strona ewentualnie strony nieobecne nie mają możności obrony swoich praw wobec sędziego.

Do art. 13—18. Badając stanowisko i zadania sądu najwyższego przy rozpatrzeniu skargi kasacyjnej, stwierdzić należy, że Sąd Najwyższy nietylko bierze pod rozwagę sam zaczepiony wyrok w granicach wniosków stron, lecz także wszystkie te decyzje, które wyprzedziły wyrok a miały wpływ na jego wydanie. Związek rzeczowy usprawiedliwia to

postępowanie. Z istoty rzeczy usuwa się z pod orzecznictwa sędziego decyzja, która wyprzedziła wyrok, jeżeli przeciwko niej służył samoistny środek odwoławczy. W tym bowiem przypadku decyzja niezaczepiona stała się prawomocna, a tem samem nie ulega już rozpoznaniu sędziego.

Niezwykle ważnem jest rozwiązanie pytania: W jakich granicach sąd najwyższy z urzędu bierze pod rozwagę pogwałcenie przepisów prawnych? Jeżeli chodzi o przepisy z dziedziny postępowania sądowego, to wobec prawomocności wyroku, przeciwko któremu skarga kasacyjna jest zwrócona, zadania sądu najwyższego powinny być w wysokiej mierze ograniczone. Te tylko przyczyny nieważności powinny być z urzędu brane pod rozwagę przez sąd najwyższy z dziedziny procesu cywilnego, które nie straciły na znaczeniu, wskutek prawomocności wyroku. Tyczy się to tych przyczyn, z powodu których zwyczajnie skarga nieważności bywa dopuszczoną — (sędzia wyłączony, wykluczony, brak zdolności procesowej). Podobnie rzecz się ma w omawianym przepisie.

Trudniejszem jest omówienie zadania Najwyższego Sądu w kwestjach pogwałcenia prawa poza przypadkami z dziedziny postępowania sądowego cywilnego. Pogwałcenie prawa powinno być badane w granicach wniosków, przez strony podanych, przyczem nie jest wykluczonem, że sąd najwyższy uzna z przyczyn podanych przez stronę, iż pogwałconym został inny przepis prawa od tego, który w skardze kasacyjnej został przytoczony.

Z drugiej strony sąd najwyższy powinien wziąć pod rozwagę tego rodzaju pogwałcenie prawa, które nie zostały przez stronę poruszone, chodzi jednak o ochronę takich norm prawnych, których zadaniem jest strzeżenie porządku publicznego lub dobrych obyczajów. Sąd najwyższy w podobnych przypadkach nie może, spełniając swoje szczytne zadanie najwyższego stróża prawa, pominąć sprawę pogwałcenia prawa, chociaż przy badaniu skargi kasacyjnej dochodzi do przekonania, że pogwałcone zostały przepisy, których zadaniem strzeżenie porządku publicznego lub dobrych obyczajów.

Do art. 19. Przepis art. 19. ma charakter wyjaśniający tak, że bez tego postanowienia z celów instytucji skargi kasacyjnej można dojść do wniosku, który znajduje wyraz w art. 19. Mimo to wprowadzenie tego przepisu jest pożądanem dla uniknięcia możliwie nasuwających się wątpliwości.

Pogwałcenie przepisu prawnego, które jest podstawą wniesienia skargi kasacyjnej winno nastąpić w samem orzeczeniu sądowem, t. j. w tenorze wyroku. Nie wystarcza, aby z motywów orzeczenia pogwałcenie prawa było widocznem, skoro bowiem orzeczenie ma znaczenie

stanowcze a motywa tylko objaśniające, przeto choćby motywa wyroku zawierały wyjaśnienia, które mieściłyby w sobie pogwałcenie prawa, to jeżeli orzeczenie wydane z innych przyczyn przedstawia się jako uzasadnione, a motywa jako błędne, nie można się dopatrzeć pogwałcenia przepisu. (Proj. han. § 589 L. 8 prot. str. 3732 i dalsze zwłaszcza str. 3780 prot. han.).

Na tem stanowisku stoi praktyka sądu paryskiego kasacyjnego, jak to widocznem z dzieła Glassona (str. 176), który daje wyraz następującej zasadzie: »La violation de la loi doit se trouver dans le dispositif du jugement ou de l'arret; celle qui existerait dans les motifs ne créerait point une ouverture à cassation si, d'ailleurs, la decision se soutenait par des moyens autres que ceux indiqués dans les motifs«.

Również ten stan rzeczy znalazł wyraz w przepisie § 563 proc. niem. a został bardzo silnie obroniony w materjałach do procedury niemieckiej (Materjały str. 364, 365). Przepis ten może być uważany za zbyteczny, nie jednak za mylny.

Do art. 20—23. Z istoty rzeczy wynika, że instancja, która ma sądzić — ażali sędzia II. i I. instancji należycie sądził, która ma być trybunałem trybunałów nie może, ani rozpoznawać nowych roszczeń, ani też nie mogą być jej przedstawiane nowe fakta i dowody w przedmiocie dochodzonego roszczenia.

Natomiast Sąd Najwyższy winien stanąć na stanowisku ustalonego stanu rzeczy przez sąd odwoławczy — o ile to jest widocznem albo z motywów orzeczenia, albo z protokołu. Ustalenia sądu odwoławczego o tyle ulegają rozpoznaniu Sądu Najwyższego — o ile przy ustaleniu zaszło pogwałcenie przepisu prawnego, a więc np. z powodu niewłaściwego zastosowania przepisów o rozdziale ciężaru dowodu, fakt został uznany za udowodniony, aczkolwiek to polegało właśnie na błędnem zastosowaniu przepisów rozdziału kodeksu procedury cywilnej o dowodach.

Zadanie, jakie ma spełnić Sąd Najwyższy samo wskazuje, jakie zarządzenie wydać może Sąd Najwyższy w załatwieniu skargi kasacyjnej. Sąd najwyższy albo skargę kasacyjną odrzuci, albo też przychylając się do niej, zniesie postępowanie II. ewentualnie i I. instancji.

Z istoty rzeczy odrzucenie nastąpi z powodu braku pogwałcenia prawa. — Jeżeli natomiast pogwałcenie nastąpiło — wówczas Sąd Najwyższy może w przypadkach naruszenia normy postępowania sądowego zarządzić faktyczne wyjaśnienia i dochodzenia, których przeprowadzenie będzie rzeczą sądu II. lub I. instancji, np. czy brał udział w orzekaniu sędzia wyłączony, czy strona miała zdolność procesową, czy jawność była wykluczoną itd.

Zniesienie wyroku, czy to z powodu pogwałcenia przepisów o po-

stępowaniu sądowem, czy to z powodu pogwałcenia przepisów znajdujących się poza przepisami o postępowaniu sądowo cywilnem, może nastąpić tylko w granicach wniosków stron. Jak daleko ma sięgnąć zniesienie postępowania sądowego wskutek braków natury procesowej zależy od okoliczności, jak daleko wadliwością dotknięte jest postępowanie sądowe. Nie jest w tych warunkach wykluczonem, że będzie całe postępowanie procesowe zniesionem i skarga odrzuconą — np. w razie niedopuszczalności drogi sądowej. I w tych to przypadkach będzie mógł Sąd Najwyższy wprawdzie nie sprawę samą, ale proces załatwić. Temu zapatrywaniu daje wyraz art. 21, lit. *b*.

Poprzednio, mówiąc wogóle o konstrukcji skargi kasacyjnej, staraliśmy się wyjaśnić, że wyjątkowo kierując się względami oportunizmu możeby było wskazanem w przypadku art. 21, lit. *a* objętym zgodzić się na merytoryczne załatwienie sprawy przez Sąd Najwyższy. Gdyby jednak nawet ten przepis (art. 21, lit. *a*) nie doznał poparcia ze strony prawników z b. Królestwa Polskiego, którzy mogą dać najlepsze wyjaśnienie w tej sprawie, to i tak konstrukcja omawiana w niczem nie ucierpiałaby, a ponadto pozostałby w swej mocy art. 21, lit. *b*. Przepis tego rodzaju (art. 21, lit. *b*) zna ustawodawstwo procesowe francuskie, aczkolwiek pod względem czystości typu kasacji jest może obecnie najskrajniejszem.

O ile w rzeczywiście wyjątkowych przypadkach Sąd Najwyższy załatwiając skargę kasacyjną załatwia czy to proces, jak powyżej w przypadku pod b), czy też także, jeżeli art. 21, lit. *a* znajdzie przyjęcie, załatwia także sam spór, o tyle koncepcja omawiana zbliży się do środka odwoławczego rewizji. Odznacza się jednak tą zasadniczą różnicą, że w przypadku rewizji, jeżeli sprawa jest dojrzała, sędzia najwyższy musi spór rozstrzygnąć merytorycznie, to natomiast w omawianym przypadku będzie to odbiegnięciem, zależnem wyłącznie od zgodnej woli stron spór wiodących. O ile Sąd Nawyższy sprawę będzie pod względem merytorycznym rozpoznawał, o tyle będzie to czynił w zastępstwie sądu odwoławczego, bo tegoż sądu było zadaniem po zniesieniu wyroku rozpisać rozprawę i spór załatwić. Czyni to obecnie sąd najwyższy w zastępstwie sądu odwoławczego.

Podobną koncepcję, aczkołwiek nie w toku postępowania w sądzie najwyższym, lecz w sądzie apelacyjnym, zna procedura cywilna austrjacka w § 478, ustęp 4, według którego, jeżeli sąd wyższy zniósłszy postępowanie sądu pierwszego, zwraca sprawę do rozstrzygnięcia sądowi pierwszemu z pewnych przyczyn nieważności (§ 477, L. 1, 2. — sędzia wyłączony, wykluczony jako podejrzany, niewłaściwe obsadzenie sądu), wówczas mogą strony zgodnie w ciągu dni 8-iu, po doręczeniu sobie uchwały sądu wyższego żądać, aby sąd wyższy wyznaczył nową

rozprawę i sam sprawę załatwił. Podobne postępowanie wprowadza § 494 proc. austr. jeszcze w innych przypadkach nieważności. Wśród tych okoliczności sąd wyższy sprawę załatwia w miejsce sądu I. instancji, jednak wydaje wyrok jako sąd apelacyjny, co ma wpływ na kwestję środków odwoławczych.

Konstrukcja więc nad wyraz podobna. Wola stron w tym przypadku powołuje sąd wyższy do orzekania w sprawie samej, mimo nieważności postępowania.

Przepis powyższy wprowadzony został nie przez projekt rządowy, lecz przy poprawkach uskutecznionych przez stały wydział a więc przy obradach parlamentarnych, gdzie moment oportunizmu zajął dominujące stanowisko. I tak, w motywach (Materjały do procedury austr. T. I., str, 796, 797) czytamy co następuje (tłumaczenie): »Dadzą się pomyśleć przypadki, w których uzupełnienie lub przeprowadzenie na nowo rozprawy przed sądem odwoławczym sprowadza dla interesowanych szybsze oraz tańsze rozstrzygnięcie; do tego koniecznem jest jednak oczywiście porozumienie stron procesowych, skoro rozchodzi się tutaj o nieważne postępowanie i tylko zgoda stron na pominięcie tej nieważności może dostarczyć prawnie ważnej podstawy rozstrzygnieniu II. instancji«. Nadto stwierdzić należy, że typ wprowadzony przez procedurę austrjacką bardziej jeszcze odbiega od mysli przewodnich postępowań odwolawczych, skoro sąd apelacyjny nietylko, jak jest w propozycji projektu polskiego, wydaje wyrok, lecz sam przeprowadza rozprawę i wydaje wyrok.

Nasuwa się jeszcze jedna uwaga.

Projekt hanowerski dał wyraz poglądowi, że sąd najwyższy wskutek zażalenia nieważności może orzec w rzeczy samej — jeżeli sprawa jest dojrzałą. Czyni to projekt hanowerski, aczkolwiek postępowanie wobec sądu najwyższego nazywa postępowaniem kasacyjnem. (Prot. han. str. 3712 i dalsze).

Jeżeli Sąd Najwyższy skargę kasacyjną odrzuci, wówczas wyrok prawomocny pozostał niewzruszony. W przeciwnym razie, jeżeli sprawa wraca do sądu odwoławczego, wówczas sąd odwoławczy ewentualnie i sąd I. instancji są wiązane zapatrywaniem prawnem, które było podstawą orzeczenia Sądu Najwyższego.

Ponieważ sąd odwoławczy wskutek zniesienia wyroku przez Sąd Najwyższy ponowną rozpisze rozprawę apelacyjną, przeto sprawa właściwie na nowo w sądzie odwoławczym bywa przeprowadzoną. W dalszym następstwie tego może nastąpić zmiana w ustaleniu stanu faktycznego, przez co zasada prawna wyrażona przez Sąd Najwyższy nie zawsze będzie mogła być dostosowaną do zmienionego stanu rzeczy.

Koncepcja tak skargi kasacyjnej, jak zażalenia nieważności wy-

chodzi z założenia, że wyrok sądu odwoławczego stał się prawomocnym. W następstwie tego konsekwentnie przyjąć należy, że zaczepiony wyrok jest zdolnym do egzekucji i tej też myśli trzymać się należy, jako wytycznej. Postępowanie egzekucyjne wprowadzi wyjątki, w których przypadkach, ze względu na niepowetowaną szkodę, złączoną z wykonaniem wyroku wstrzymanie egzekucji okazuje się wskazanem (Prot. han. str. 3772 i dalsze).

Postępowanie przed Sądem Najwyższym nie jest tak wyczerpująco określonem, jak np. postępowanie przed sądem apelacyjnym lub sądem okręgowym, wobec tego o tyle należało dodatkowo powołać się na przepisy o postępowaniu apelacyjnem — o ile też przepisy z ich natury nie mają mieć tylko znaczenia w postępowaniu przed sądem apelacyjnem. (Prot. han. str. 3775).

Dr. Józef Skąpski.

Skarga w przedmiocie kasacji.

(Koreferat).

Odnośnie do projektu skargi kasacyjnej Prof. Fiericha proponuję następujące zmiany:

Ad art. 1). Przeciw wyrokowi apelacyjnemu zatwierdzającemu wyrok I. instancji skarga kasacyjna nie przysługuje tej stronie, która od wyroku I. instancji się odwołała.

Ad art. 3). Skargę kasacyjną wnieść należy bezpośrednio do Sądu Najwyższego (uwaga: w razie przyjęcia tej zmiany odpadną art. 4) i 5), a art. 6) uległby o tyle zmianie, że dotyczące atrybucje Sądu apelacyjnego należałoby przenieść do zakresu działania Sądu Najwyższego i art. 6 odpowiednio zmodyfikować).

Ad art. 9), 18) i 21). Zamiast przepisów artykułami temi objętych proponuję następujące postanowienia:

Skargę kasacyjną, o ile jej nie odrzucono w myśl art. 6) (z powodu spóźnienia, niedopuszczalności lub braku ustawowych wymagań) rozstrzyga Sąd Najwyższy po przeprowadzeniu ustnej rozprawy.

Sąd Najwyższy orzeka wyrokiem. Jeżeli uzna skargę kasacyjną za uzasadnioną, uchyla zaskarżony wyrok, w razie przeciwnym odrzuca skargę jako nieuzasadnioną.

O rzeczy spornej Sąd Najwyższy nie orzeka, lecz odsyła sprawę do Sądu odwoławczego, który wydał wyrok uchylony, lub też do innego Sądu tego samego rodzaju.

Przepis ten o odsyłaniu sprawy do sądu odwoławczego nie ma zastosowania w przypadkach, gdy Sąd Najwyższy uchyli wyrok z powodu niedopuszczalności drogi sądowej.

Uwaga: w konsekwencji odpadłaby pierwsza część art. 7).

Prócz tego byłbym za dodaniem przepisu:

Za wniesienie skargi kasacyjnej oczywiście nieuzasadnionej Sąd Najwyższy może skazać adwokata na grzywnę do wysokości....

Byłbym wreszcie za zastąpieniem słowa »posiłkowo« w art. 4) wyrażeniem »odpowiednie«.

W miejsce art. 20) proponowałbym przyjęcie tej samej normy w brzmieniu art. 811 ust. ros. z dodatkiem: »po przeprowadzeniu rozprawy ustnej«.

Drugie zdanie art. 20) proj. pozostałoby oczywiście niezmienione.

Uważałbym także za wskazane przyjęcie normy za wzorem art. 813 ust. ros.:

Przeciw wyrokowi apelacyjnemu wydanemu zgodnie z zapatrywaniem prawnem wyroku kasacyjnego nie będzie dopuszczalną dalsza skarga kasasyjna, jeżeli jej przedmiotem będzie tylko zwalczanie tego zapatrywania prawnego.

Uzasadnienie.

Pytanie: rewizja, czy kasacja, nie łatwe jest do rozwiązania. Obydwie instytucje mają zalety i wady; należy dokładnie rozważyć pro i contra.

Zasadnicza idea prawodawstwa procesowego polega na tem, aby stworzyć o ile możności jak najsilniejsze gwarancje ochrony prywatnego prawa we wszystkich tych wypadkach, w których zachodzi kolizja prywatno prawnych interesów. W historycznym rozwoju zaobserwować można zjawisko, że idea ta, jakkolwiek w zasadzie nie zmieniona, przechodziła najrozmaitsze ewolucje co do swoich zewnętrznych kształtów i niejednokrotnie wracała do form dawno porzuconych. Zjawisko to zresztą odwiecznie się powtarza także i w innych dziedzinach życia, uzasadniając ciągle otwarte pytanie, czy kultura nasza zdąża po linji prostej ku górze, czy też po kole lub niezbadaną drogą obłędnej krzywizny.

Pierwotny proces realizował ideę sprawiedliwości tylko przed jednem forum. Nie znał instancji dawny republikański proces rzymski, ani germański, ani żaden średniowieczny proces. W dawnym procesie polskim znaną była tylko nagana sędziego (mocio iudicis), podobnie jak w prawie niemieckiem Urteilsschelte. Zniesiony w r. 1523, a następnie w roku 1538 wprowadzony środek ten przekształcił się w apelację, która od dawnej mocji różniła się tem, że jej celem było tylko uchylenie sentencji, podczas kiedy w mocji łączyło się obalenie dekretu i zaskarżenie sądu (Ostrowski, Prawo cywilne Narodu Polskiego).

Późniejsze ustawodawstwa wykształciły dalsze stopnie środków prawnych i wytworzyły bardzo skomplikowany ich system, który łącznie z innemi formalistycznemi urządzeniami tamował bieg prawidłowy procesu. Obok drugiej powstała trzecia instancja, obok apelacji rewizja, restytucja, opozycja, kasacja, obok zwyczajnych środki prawne nadzwyczajne. Sprzyjała temu rozwojowi panująca wszechwładnie zasada pisemności, dzięki której każda instancja w każdem stadjum procesu miała dostępny cały materjał procesowy. Skutek był wręcz odwrotny. Kiedy mianowicie skomplikowane formy procesowe w interesie sprawiedliwości ujarzmić miały samowolę sędziego, a przeciw jego błędom i złej woli zabezpieczyć prawidłowe stosowanie prawa całym systemem kontroli przez wyższe instancje, — teoretycznie obmyślane urządzenia okazały się w praktyce raczej szkodliwe, niż pożyteczne. Wymiar sprawiedliwości był wprawdzie zagwarantowany przepisami ustawy ale dostać się do niego nie było można wśród labiryntu najrozmaitszych instytucji procesowych i długiej skali środków prawnych. Zepchnięcie procesu na inne tory rozwoju stało się koniecznością życiową i naukową. Najpierw ustąpiła pisemność a z załamaniem się tego najmocniejszego filaru, zarysowała się cała budowa dawnego procesu. W atmosferze żywego słowa balastem okazały się martwe formy, sztucznej struktury; droga do źródła sprawiedliwości zaczęła się prostować, a tem samem skracać.

W systemie środków prawnych ujawnia się dążność do ich ograniczenia; pewne kategorje spraw powierza się jurysdykcji jednej instancji, w innych zaprowadza się daleko sięgające uproszczenia. Typowo ustny proces francuski powierza funkcję metorycznego orzecznictwa tylko dwom instancjom. Ufundowany w myśl zasad Montesquieu'go, że mianowicie spoistość państwa zawisłą jest od jednolitości prawa, ta zaś od jednolitego prawa tego wykonania — czuwa Najwyższy Sąd francuski nad tem, aby sądy stosowały prawo, ale przedewszystkiem nad tem, aby je jednolicie stosowały; stróżem jedności prawa francuskiego był i pozostał do dziś dnia Najwyższy Trybunał francuski. Zadanie to spełnia, kasując wyroki sądzących instancji z prawem niezgodne, przyczem pierwszorzędną rolę odgrywa moment publiczny, wobec którego prywatno-prawny interes stron schodzi do znaczeniu rzeczy ubocznej. Wprowadzona z nowemi podówczas teorjami zasada zupełnej niezawisłości sędziego (Esprit des Lois — le pouvoir arrete le pouvoi) rzuciła także refleks bardzo silny na ustawę z 1790 r., powołująca do życia trybunał kasacyjny, skoro nawet orzeczenia tego stróża sprawiedliwości albo raczej prawa nie wiązały sędziego orzekającego. Atoli w ten sposób ujęta zasada w praktyce okazała się szkodliwem doktrynerstwem i spowodowała reformę ustawą z roku 1837.

Wprawdzie i po tej reformie zachowały sądy zupełną niezależność w stosunku do instancji kasującej i nie były obowiązane respektować wykładni prawa zastosowanej w orzeczeniu kasacyjnem, ale w takim razie sąd kasacyjny w wzmocnionym komplecie mógł skasować ponownie ten wyrok z mocą obowiązującą co do wykładni dla niższych instancyj.

Ustawa rosyjska wyposaża już pierwsze orzeczenie kasacyjne w moc obowiązującą (art. 813), uznaje zaś zasadniczo również tylko dwie instancje sądzące.

Procedura włoska zgodna z francuską kopiuje w art. 547 postanowienia prawa francuskiego; moc wiążącą ma dopiero drugie orzeczenie kasacyjne plenarnego posiedzenia (sessioni riunite). W prawie niemieckiem wyłoniły się z średniowiecznej nagany wyroku (Urteilsschelte) instytucje środków prawnych, wykształconych w dalszym ciągu w partykularnych ustawodawstwach w skomplikowane systemy. Późniejsze usiłowania unifikacji prawa procesowego w Niemczech wykazują na ogół silną reakcję przeciw skomplikowanym formom, a zwłaszcza dążenie do ograniczenia instancji. Projekty hanowerskie, pruski i północnego związku niemieckiego wykluczają zgodnie rewizję in facto, a różnią się między sobą jedynie co do formy i nazwy tego środowiska prawnego (Revision, Oberrevision, Nichtigkeitsbeschwerde).

Podobnie jak w prawie francuskiem głównem zadaniem rewizji procesu niem. podług obowiązującej obecnie ustawy jest utrzymanie jednolitości judykatury. Dlatego ogranicza się kompetencja sądu najwyższego do badania strony prawnej i to w ograniczonym zakresie. Pierwotnie zakres ten był bardzo szeroki, bo wychodząc z założenia, że sąd zna i z urzędu stosuje prawo, nie wymagała ustawa nawet uzasadnienia rewizji; wystarczało samo jej zgłoszenie. W tym kierunku pow. ustawa proc. niem. odbiegła i od ustawy pr. i od wszystkich projektów (WPO. art. 733, HE, 609 PE. 652 NDE 833). Nowela z roku 1905 wprowadziła przymus uzasadnienia rewizji, nowela zaś z r. 1910 wprowadziła dalsze ograniczenia i t. zw. Succumbenzgeld (znane także innym ustawodawstwom summa gravaminis, w dawnem prawie pol. w postaci skór kunich, gronostajowych i in. składane).

Revisio in iure processu niem. różni się od kasacji franc. zasadniczo właściwie tylko tem, że sąd najwyższy prawa franc. nigdy merytorycznie nie rozstrzyga, a tylko kasuje wyroki naruszające prawo, sąd najwyższy niem. zaś nietylko kasuje (564, 565), ale także orzeka, jeśli uchylenie wyroku polega na mylnem zastosowaniu ustawy odnośnie do ustalonego materjału, a sprawa jest dojrzała. Drugi wypadek orzekania przewidziany w § 565 (uchylenie z powodu niewłaściwości lub niedopuszczalności drogi prawa) nie podpada właściwie pod poję-

cie metorycznego orzecznictwa i nie przedstawia różnicy w stosunku do prawa franc. i jego filijacji. (włoska p. art. 544).

Teoretycznie ujmują ten środek prawny procesu niem. jako apelację in jure, a Wach jest nawet zdania, że rozprawa ustna w postępowaniu rewizyjnem jest zbyteczna a nawet psuje konstrukcję tego środka prawnego, zastępuje bowiem tylko referat sędziego, za którego strony referują.

Rewizja procesu austrjackiego obejmuje nietylko wady in procedendo ale także in iudicando, jest obszerniejszą od rewizji niem., gdyż przedmiotem jej są także wady w ustaleniach faktycznych (ust. 2 i 3 § 503); ściśle biorąc, jest ona zatem rewizją nietylko in iure, ale także in facto. Jest to więc trzecia instancja sądząca, a celem jej nie może być i nie jest czuwanie nad jednolitością w stosowaniu prawa i jego wykładni.

Tem mniej celowi temu służyć może rewizja procesu węgierskiego, skoro orzecznictwo rewizyjne prócz Kurji wykonują także sądy apelacyjne. Zresztą rewizja ta quoad factum jest nawet obszerniejszą (534) niż austrjacka.

Naogół wykazują wszystkie ustawodawstwa dążenie do uproszczenia środków prawnych, a przedewszystkiem do ograniczenia zakresu działania najwyższej instancji i to bez względu na charakter omawianego środka prawnego.

Z porównania naszkicowanych tu ustawodawstw uwydatnia się na pierwszy rzut oka zasadnicza różnica między typem francuskiej kasacji, a rewizją prawa germańskiego. Konstruktywnie różnica ta polega na tem, że rewizja jest tylko odwołaniem się dalszem do trzeciej instancji, czyli dalszą apelacją mniej lub więcej ograniczoną, trzecim, najwyższym stopniem w hierarchji sądzenia, podczas kiedy kasacja nic nie ma wspólnego z instancjami sądzącemi, jest nadzwyczajnym środkiem prawnym sui generis. Źródło tej różnicy leży w różnicy funkcji. Kasacja stoi na straży jednolitego wykonywania prawa i jego legalnej wykładni, a to jest jej główną zasadniczą funkcją; refleks na indywidualne interesa, to funkcja kasacji drugorzędna, uboczna. Stosunek wzajemny obydwóch tych funkcyj do siebie przy systemie rewizyjnym jest wręcz odwrotny.

A teraz pytanie: który system byłby odpowiedniejszym dla polskiej procedury cywilnej?

Dla jasności i uniknięcia nieporozumienia możliwego ze względu na dzielnicową różnorodność terminologji nie zaszkodzi dodać, że przez rewizję tutaj omawianą rozumieć należy środek prawny do trzeciej instancji (w miejsce kasacji), który niema nic wspólnego z insty-

tucją art. 794 ust. ros. (anal. requête civile) znaną także pod niewłaściwą nazwą rewizji.

O ileby się rozchodziło o konstruktywne zalety, to rozstrzygnięcie tego pytania nie nastręczałoby trudności. System kasacji jasny i prosty, linje konstrukcyjne bez żadnych załamań, funkje jednolicie określone wykluczają wykolejenie lub choćby tylko zboczenie: objektywna najwyższa kontrola w służbie jednolitości prawa bez angażowania kontrolora w materjalną stronę kolidujących interesów.

Nie tak proste są linje konstrukcyjne rewizji; dwie funkcje zasadnicze różne — kontrola i sądzenie, dwie odmienne role w jednej osobie.

Wyższość konstrukcji niewątpliwie po stronie kasacji. Dowodem tego także jednolitość tej instytucji we wszystkich ustawodawstwach stojących na jej gruncie z jednej, a rozbieżność i różnorodność systemów rewizyjnych z drugiej strony.

Atoli zalety lub wady teoretycznych konstrukcji nie mają znaczenia dla pracy kodyfikacyjnej, mającej służyć potrzebom życia, które idzie własnemi drogami, niezależnie od teoretycznych koncepcyj.

Poza teoretyczną stroną rozważyć zatem jeszcze należy, jakie korzyści przedstawiają obydwie te instytucje ze stanowiska potrzeb życiowych.

Za rewizją przemawia właściwie tylko jeden, ale zato bardzo ważny wzgląd: oportunizm. W wypadkach, gdy Sąd najwyższy uchyla wyrok, a sprawa do rozstrzygnięcia jest dojrzałą, zyskuje się niewątpliwie na kosztach i czasie, jeżeli Sąd Najwyższy równocześnie orzeknie merytorycznie. Słuszną jest uwaga zwolenników rewizji, że mogą się znaleźć przypadki, w których rola Sądu apelacyjnego, do którego wróci skasowany wyrok, ograniczy się jedynie do konkretnego zastosowania tezy prawnej, wypowiedzianej przez Sąd Najwyższy. Do tych też przypadków chcą ograniczyć rewizję niektóre ustawodawstwa. O pełnej rewizji przy dzisiejszych strukturach procesowych, opartych na zasadach ustności, bezpośredniości i swobodnego przekonania sędziowskiego z wykluczeniem reguł dowodowych, nie może już być mowy. Przy takiej rewizji możliwe są dwa kierunki: albo rewizja pomyślana jako dalsza apelacja z całym programem postępowania apelacyjnego, albo też z ograniczonym zakresem. Trzy instancje sądzące w nieograniczonym zakresie byłoby to dzisiaj bezcelowem marnotrawstwem uzasadniającem pytanie: jaką rolę przy takim systemie środków prawnych ma odgrywać apelacja, skoro taki sam przewód jeszcze raz ma być powtórzony in revisorio, jak niemniej i dalsze według dość rozpowszechnionych zapatrywań wcale racjonalne pytanie: jaki jest naukowy, czy logiczny sprawdzian na to, aby wykluczyć jeszcze

dalszą hierarchję odwoławczą. Przy drugim ograniczonym kierunku rewizji nie da się odeprzeć zarzutu, że instancja trzecia sądzić będzie na podstawie gorszego materjału, zatem gorzej niż instancje niższe.

Pod rozwagę przyjść zatem może jedynie tylko revisio in iure (czysty typ w procesie niem.), jako środek prawny najwięcej do kasacji zbliżony.

Atoli unormowanie tego typu rewizji przedstawia trudności nie do przezwyciężenia. Pociągnięcie pewnej linji demarkacyjnej między faktem a prawem jest zagadnieniem, którego jeszcze żaden kodyfikator nie rozwiązał. Trudność cała pochodzi stąd, że przedmiotem procesu są prawa podmiotowe, a właśnie w prawie podmiotowem zdarzenie faktyczne i norma prawna są elementami ze sobą organicznie tak związanemi, że żadna analiza ich nie rozdzieli. Usiłowanie przeprowadzenia tej analizy w praktyce pociąga za sobą balansowanie między ostatecznościami w jednym lub drugim kierunku. Doświadczenie w procesie austrjackim wykazało, że judykatura Sądu Najwyższego stoczyła się w kierunku rewizji in facto. Obserwujemy dzięki temu takie zjawisko, że trzecia instancja bez ustnej rozprawy najgorzej poinformowana reformuje wyroki na lepszem rozpoznaniu oparte.

Ta trudność rozgraniczenia faktu od prawa powszechnie znana, jest, zdaniem mojem, poważną przeszkodą wprowadzenia rewizji in iure.

Odjęcie Sądowi kasacyjnemu funkcji sądzenia ma także i moralną stronę. Sąd Najwyższy, nie sądząc, nie angażuje swego sumienia, staje we właściwej sobie roli objektywnego znawcy prawa, a takie stanowisko ułatwia mu spełnienie właściwej wyższej funkcji: stróża jednolitości prawa, a według słów Montesquie'go i jednolitości państwa.

W obecnych naszych warunkach należy wytężyć wszystkie siły, aby Sąd Najwyższy otoczyć jak największą powagą i ułatwić mu zadanie regulatora życia prawnego. Zarówno zdobyć, jak i utrzymać tę powagę łatwiej jest, zdaniem mojem, sądowi, który tylko wykłada prawo, niż sądowi, który niem szafuje.

Pozatem uważam za bardzo szczęśliwe takie urządzenie procesu, gdzie jedna instancja sądzi, a druga ją kontroluje; jest to bowiem najdalej idące zabezpieczenie wymiaru sprawiedliwości także w stosunku do czynnika sądowego. Sędzia, który wydaje wyroki, podlega kontroli, władza kontrolująca może być już pozostawiona bez dalszej kontroli, bo sama nie sądzi. W tej relacji dwóch czynników sądowych, wypowiadających razem ostatnie słowo dopatruję się gwarancji objektywności Sądu.

Słusznie zauważa Prof. Fierich, że powierzenia orzecznictwa me-

rytorycznego Sądowi Najwyższemu wymagałoby urządzenia dalszych środków prawnych dla zabezpieczenia możliwych nieważności.

Zdobyte na ziemiach polskich doświadczenia co do środków prawnych trzeciej Instancji nie przechylają szali na korzyść rewizji: raczej wręcz przeciwnie.

O kierunkach praktyki sądu najwyższego w Wiedniu wspomniano już wyżej. Obecna judykatura rewizyjna na tle tego procesu nietylko nie jest zadawalniająca, ale wymaga gwałtownie reformy. W każdym razie nie usprawiedliwia ona chęci kopiowania instytucji, usposabia raczej nawet zwolenników rewizji do przejścia w szeregi jej przeciwników. Przyznaję otwarcie, że ze względów praktycznych i oszczędnościowych, byłem również zwolennikiem rewizji, ale po doświadczeniach ostatnich czasów, przyszedłem do przekonania, że tylko system kasacji może zabezpieczyć jednolitą judykaturę i uwolnić Sąd najwyższy od szkodliwych wpływów zewnętrznych. Jeżeli dobre sądownictwo jako ostoja porządku prawnego jest najcenniejszym skarbem każdego społeczeństwa, to w czasie ogólnego przewartościowania wszystkich walorów etycznych i społecznych, w czasie kształtowania się nowego porządku prawnego należy uczynić wszystko w tym kierunku, aby skarb ten utrzymać o ile możności, w stanie nieskazitelnym. Usiłowania te powinny się skupić przedewszystkiem około Sądu najwyższego, który jako ostatni szczebel organizacji sądowej jest stróżem, a zarazem źródłem autentycznej wykładni prawa. Ponieważ Sąd najwyższy jako rewizyjny, czyli orzekający daleko więcej jest narażony na niebezpieczeństwa zewnętrznych wpływów, częstokroć nawet politycznych, niż jako trybunał kasacyjny, dlatego należałoby usunąć to niebezpieczeństwo.

Bądź co bądź to jedno nie da się zaprzeczyć, że nie tylko poszczególne głosy, ale publiczna opinja domaga się reformy obowiązującego dla Małopolski środka prawnego rewizji, który okazał się za słaby jako ochrona prawna w obecnych anormalnych stosunkach. Wprawdzie obligatoryjna rozprawa ustna mogłaby do pewnego stopnia zaradzić niedomaganiom tego systemu, — ale tylko w jednym kierunku t. j. jako kontrola. Będzie to zawsze jednak tylko półśrodek, który nie zapobiegnie znowu innemu niebezpieczeństwu, wynikającemu z omówionej już wyżej niemożliwości rozgraniczenia kwestyj prawnych od faktycznych.

Czasy, w których i w Królestwie Polskiem obowiązywała rewizja, pozostawiły jak najgorsze wspomnienie. Dowodzi tego w przekonujący sposob Damazy Dzierożyński (Rzecz o sądownictwie najwyższem, czyli o potrzebie przywrócenia zupełnego Sądu kasacyjnego w Królestwie Polskiem), konkludując, »iż żadna inna instytucja, oprócz

zupełnego Sądu kasacyjnego nie jest i nie może być stosowniejszą dla pogodzenia w teraźniejszem prawodawstwie polskiem niepodległości konstytucyjnej sądownictwa z obowiązkiem ścisłej uległości prawu«.

Wiadomo, że zaprowadzona później kasacja w Królestwie Polskiem wydawała jak najlepsze rezultaty i przeszła w tradycję.

Z tych powodów oświadczam się za kasacją zgodnie z referatem p. Prof. Fiericha.

Konsekwencją tego stanowiska i wyżej wyłuszczonych zasad są proponowane zmiany, zmierzające do wykluczenia projektowanych przez Prof. Fiericha odchyleń w kierunku rewizji.

Przechodząc do szczegółów, zauważam:

Ad art. 1). Projektowana struktura środków odwoławczych wychodzi z zasady kolejności i nie dopuszcza pomijania poszczególnych ogniw w toku instancji. Zasadzie tej daje też wyraz projekt Prof. Fiericha w art. 1, uznając skargę kasacyjną za możliwą jedynie przeciw wyrokom apelacyjnym. Zasady tej konsekwencją jest, że w razie zatwierdzenia wyroku I. Instancji skargę kasacyjną wnieść może tylko ta strona, która od wyroku I. Instancji bezskutecznie się odwolała; stronie przeciwnej prawo to nie przysługuje. Konsekwencja ta wynika wprawdzie także ze stylizacji art. 1. proj., atoli dla uniknięcia wszelkich wątpliwości, proponuję do artykułu tego dodatek za wzorem § 523 p. węg. i § 183 dawnego post. sumarycznego.

Nie odwołując się od wyroku I. instancji, strona uznaje tem samem wyrok ten za prawomocny, a w każdym razie objawia aż nadto dobitnie swą wolę w tym kierunku, że wyrok odpowiada jej interesom i poczuciu prawnemu i nie daje podstawy do dalszej skargi. Jeżeli Sąd apelacyjny, nie uwzględniając apelacji strony przeciwnej wyrok taki zatwierdzi, to w stosunkach prawnych strony wygrywającej nie zajdzie żadna zmiana, któraby usprawiedliwiała skargę kasacyjną. Stronie tej byłaby niewątpliwie odciętą droga kasacji, gdyby także i strona przeciwna nie wniosła apelacji, niema zaś żadnej logicznej racji otwierania tej drogi siłą działania bezskutecznego aktu procesowego strony przeciwnej. Gdzie nie było przyczyny do odwołania się, tam nie może być także przyczyny do skargi kasacyjnej — przy niezmienionych warunkach.

Pojęta jako wyjątkowy, poza nawiasem merytorycznej jurysdykcji leżący, a zarazem dla wyższych celów przeznaczony środek prawny, powinna skarga kasacyjna znaleźć zastosowanie tylko w granicach konieczności procesowych. Dlatego to wyklucza się z programu kasacyjnego sprawy poniżej pewnej granicy wartości i dlatego też należałoby

zamknąć drogę kasacji stronie, która nie dążyła do zmiany wyroku w drodze instancji.

Ad art. 3). Skargę kasacyjną według projektu należy wnieść do sądu, »który wydał wyrok zaczepiony«, a więc do sądu odwoławczego. Prócz technicznych przemawiają także zasadnicze względy za tem, aby skargę kasacyjną skierować wprost do Sądu Najwyższego, nie zaś za pośrednictwem II. Instancji.

Projektowany przez referenta przepis, analogja z pastępowania apelacyjnego, może być niewątpliwie odpowiednim także dla postępowania rewizyjnego; przy systemie kasacji zdaniem mojem nasuwa pewne wątpliwości. Jeżeli się wnosi apelację, czy rewizję do niższej instancji, dzieje się to nietylko dlatego, by uprościć technikę manipulacyjną, ale przedewszystkiem dlatego, aby już niższa instancja mogła we własnym zakresie zająć stanowisko co do zewnętrznych warunków danego środka prawnego (spóźnienie, brak istotnych znamion, niedopuszczalność procesowa). W kierunku tej zewnętrznej kontroli współdziałał tu sędzia niższej instancji w postępowaniu apelacyjnem wzgl. rewizyjnem. Powierzenie sędziemu niższej instancj mandatu takiego współdziałania w postępowaniu wyższej instancji nie zalamuje linji konstrukcyjnej środków odwoławczych merytorycznych; — wręcz przeciwnie przy systemie kasacji. Zarówno apelacja, jak i rewizja jest częścią składową procesu, dalszym stopniem jego rozwoju i stanowi łącznie z I. instancją jednolitą całość; kasacja niema nic wspólnego z rozwojem procesu i nie jest jego częścią, a tylko kontrolą, leży zaś poza instancjami.

Oparta na naruszeniu ustawy już z charakteru swego wyklucza skarga kasacyjna sędziego, któremu to naruszenie zarzuca, od badania nawet jej zewnętrznych warunków.

Sąd, przeciw któremu właściwie zwraca się skarga kasacyjna, badając jej dopuszczalność choćby tylko pod względem formalnym, naraża się na zarzut sądzenia we własnej sprawie.

Także względy oportunizmu technicznego nie wymagają koniecznie, aby skarga kasacyjna przechodziła drogę II. instancji. Przeciwnie skierowanie skargi kasacyjnej bezpośrednio do Sądu Najwyższego przedstawia pewną oszczędność pracy i czasu, bo przewodniczący lub referent Trybunału kasacyjnego może już w czasie między wniesieniem skargi kasacyjnej, a odpowiedzi strony przeciwnej zarządzić wszystko, co będzie potrzebnem dla załatwienia skargi kasacyjnej, a w szczególności także zażądać aktów procesów.

Ad art. 9), 18) 21). Zasadniczą kwestją sporną jest tutaj zaprojektowane przez referenta kompromisowe, względami oportuni-

zmu podyktowane odchylenie od typu czystej kasacji w kierunku rewizji.

Jest to przypadek przewidziany art. 21 a), — drugi przypadek tego artykułu, zdaniem mojem, nie mieści się w ramach sporu, bo nie podpada pod pojęcie merytorycznego orzecznictwa a tem samem nie stanowi żadnego wyłomu od zasady. Według tego przepisu Sąd Najwyższy ma wydać wyrok w rzeczy samej w miejsce sądu odwoławczego, jeżeli uchyli zaskarżony wyrok apelacyjny z powodu pogwałcenia prawa, a sprawa będzie do rozstrzygnięcia dojrzałą, strony zaś zgodzą się na to, aby Sąd Najwyższy spełnił tę funkcję w miejsce Sądu odwoławczego.

Ponieważ motywem dla wprowadzenia takiego przepisu były wyłącznie względy praktyczne, należałoby rozważyć doniosłość tego przepisu z punktu widzenia jego praktycznego zastosowania, zwłaszcza, że także w uzasadnieniu projektu podniesiono pewne w tym kierunku wątpliwości. Dla zorjentowania się co do praktyczności tej wyjątkowej normy w postępowaniu przed Sądem Najwyższym pamiętać należy w pierwszym rzędzie o tem, że kardynalnym warunkiem jej zastosowania jest przedewszystkiem uchylenie wyroku z powodu pogwałcenia prawa. Sąd kasacyjny może mianowicie dopiero wówczas przystąpić do funkcji metorycznego orzekania w zastępstwie sądu apelacyjnego, jeżeli uchyli zaskarżony wyrok; funkcja taka w razie odrzucenia skargi kasacyjnej oczywiście nie da się pomyśleć. Uchyliwszy zaś wyrok apelacyjny z powodu naruszenia prawa, Sąd Najwyższy przyjmie z natury rzeczy tę samą wykładnię prawa, dzięki, której skasował wyrok zaskarżony, za podstawę merytorycznego orzeczenia; kasacja wyroku będzie więc nietylko procesową, ale także logiczną przesłanką jego zmiany. Powierzenie merytorycznego orzeczenia Sądowi Najwyższemu nie przedstawia więc dla strony wnoszącej skargę kasacyjną żadnego ryzyka: Sąd kasacyjny albo nie będzie wcale orzekał, albo tylko na korzyść skarżącego. Z tego punktu widzenia prorogatio fori według koncepcji art. 21 a., ze strony skarżącej jest nietylko możliwa ale nawet prawdopodobna. Wręcz odwrotnie wygląda sytuacja po stronie przeciwnej. Aby orzec merytorycznie, Sąd Najwyższy musi najpierw skasować wyrok apelacyjny dla strony tej korzystny: a skoro wyrok merytoryczny co do swej prawnej podstawy nie może się różnić od orzeczenia kasacyjnego, dlatego i tenor jego nie może być korzystny dla tej samej strony. Nie leży tedy w interesie strony, na której korzyść wypadł wyrok apelacyjny, aby prorogować instancję, która już a priori skwalifikowała korzystny dla niej wyrok jako naruszenie ustawy. Poddanie się więc merytorycznej właściwości Sądu Najwyższego po tej stronie uważam za nieprawdopodobne, bo nikomu

nie może zależeć na przyśpieszeniu katastrofy procesowej. Wzgląd na możliwe oszczędności w kosztach nie może równoważyć daleko silniejszych walorów, jak możliwość zagodzenia sporu przed jego ostatecznem zakończeniem, uzyskania nowej podstawy faktycznej, lub choćby tylko zwłoki.

W procedurze austrjackiej istnieje analogiczny przepis § 478 w postępowaniu apelacyjnem, według którego wolno stronom w razie zniesienia wyroku z powodu nieważności w przeciągu dni ośmiu zażądać, by Sąd apelacyjny rozstrzygnął sprawę we własnym zakresie bez zwracania jej do I. Instancji. Nie znam przypadku, aby z przepisu tego zrobiono użytek, jakkolwiek sytuacja procesowa przy zastosowaniu § 478 p. c. byłaby całkiem inna, niż przy koncepcji art. 21 lit a) projektu, bo tutaj przesunięcie szans procesowych nie koniecznie musi być następstwem uchylenia wyroku z powodu nieważności.

Analogiczna sytuacja procesowa w ramach koncepcji art. 21 a) proj. mogłaby powstać tylko wówczas, gdyby obydwie strony w równej mierze wniosły skargę kasacyjną, lub też gdyby kasacja nastąpiła wyłącznie z przyczyn procesowych. Pierwszy przypadek będzie nader rzadki, drugi nie da się zastosować, bo właśnie z powodu tych wad procesowych rozprawa nie będzie dojrzałą.

Jak z tego wynika praktyczne zastosowanie projektowanego przepisu jest conajmniej problematyczne. Wobec tego nasuwa się pytanie, czy mimo to warto taką wyjątkową normą załamywać proste linje wypróbowanej po części i u nas dość długiem, gdzieindziej zaś wiekowem doświadczeniem.

Problem czystej doktryny ustąpić musi miejsce zasadzie celowości, ale tam, gdzie ta celowość właśnie jest problematyczną, zwrócić się należy do ogólnych elementów zasady.

Przy systemie kasacji Sąd Najwyższy jest objektywnym tłumaczem prawa, a poniekąd nawet jego twórcą i w sposób obowiązujący wykłada prawo ex catedra. Z chwilą, gdy strony oddadzą mu mandat orzekania, Sąd Najwyższy z majestatu prawotwórczego czynnika schodzi do roli sędziego polubownego. Przez wolę i dyspozycję stron z najwyższej staje się instancją niższą, schodzi w wir życia i atmosferę jego konfliktów, a tem samem naraża się na zabiegi ze strony interesowanych czynników.

Nie o doktrynę więc idzie, lecz o to, aby Sąd Najwyższy uchronić od wpływu ścierających się konfliktów i różnych ich metod.

Dodać tu jeszcze należy, — co przy omawianiu motywów przemawiających przeciw rewizji referent słusznie zauważył — że rozsze-

rzenie kompetencji Sądu Najwyższego w kierunku merytorycznym pociąga za sobą konieczność wprowadzenia skargi nieważności także i przeciw wyrokom Sądu Najwyższego, instytucji przy systemie kasacyjnym zbytecznej.

Proponowane inne przepisy nie są istotne i zmierzają nie tyle do zmiany, ile raczej do uzupełnienia projektu.

J. J. Litauer.

Przyczynek do zagadnienia trzeciej instancji w przyszłym procesie polskim.

Zagadnienie III. instancji w przyszłym polskim procesie cywilnym, sprowadzające się w chwili obecnej do pytania: kasacja czy rewizja? — w referacie prof. Fiericha zostało rozstrzygnięte na korzyść kasacji. Ze swej strony popieram stanowczo to stanowisko referenta, według mojego bowiem przeświadczenia prawodawca polski w wyborze między systemem kasacji a rewizji dla ustawy procesowej nie może mieć istotnych wątpliwości, ani wahania, jeżeli pozostając wiernym swemu zadaniu unifikacji, nie będzie postponował wszakże pewnych, szczególnie ważkich momentów dzielnicowych.

W tej mierze przytoczę przedewszystkiem, że znany procesualista prof. Bar z Getyngi, omawiając przed dziesięciu laty postulaty reformy procesu cywilnego w Niemczech, domagał się zastąpienia systemu rewizji systemem kasacji na wzór francuski. Zdaniem Bara właśnie system rewizji, obarczający sąd Rzeszy merytorycznem rozpoznawaniem sporów, przyczynia się do tego, że orzeczeniom tego sądu w kwestjach prawnych brak tej powagi i wewnętrznej wartości, jakie cechują orzeczenia francuskiego sądu kasacyjnego. Takie zdanie o wynikach rewizji niemieckiej wygłasza pierwszorzędny bezwątpienia znawca rzeczy[1]). Następnie zaznaczam, że o wynikach systemu rewizji austrackiej wytrawny również znawca tego systemu, członek naszej Komisji, dr. Skąpski, wypowiada się tak: »doświadczenie w procesie austrjackim wykazało, że judykatura Sądu Najwyższego stoczyła się w kierunku rewizji in facto; obserwujemy dzięki temu takie zjawisko, że III. instancja bez ustnej rozprawy, najgorzej poinformowana, reformuje wyroki, na lep-

---

[1]) Deutsche Juristenzeitung N. 1 z r. 1912. Tak samo krytycznie odnosi się do rewizji Wildhagen (Der bürgerliche Rechtsstreit 1911).

szem rozpoznaniu oparte«. Otóż jeżeli te ujemne wyniki doświadczalne rewizji, której podlegają dwie nasze mniejsze dzielnice — Wielkopolska i Małopolska, zestawimy z doświadczeniem pozostałych, przeważających obszarem i liczbą ludności, części Rzplitej, a mianowicie Kongresówki i kresów, podległych systemowi kasacji i na system ten mocą ustalonej tradycji zapatrujących się jako na »magna charta« praworządności w wymiarze sprawiedliwości, to czyż na chwilę chociaż zawahamy się w wyborze między jednym i drugim systemem dla jednolitej polskiej ustawy procesowej? Czyż będziemy mogli głosować za usunięciem kasacji i za wprowadzeniem na jej miejsce dla całej Polski rewizji, czy to austrackiej czy to niemieckiej?

Zalety kasacji i jej doniosłe ze stanowiska prawnopaństwowego dostatecznie zostały uwydatnione w referacie prof. Fiericha i w koreferacie dr. Skąpskiego. Do ich wywodów chciałbym kilka tylko jeszcze uwag dorzucić.

Przedewszystkiem chciałbym podkreślić, że w porówaniu z rewizją kasacja tę wielką posiada zaletę, iż uwalniając umysł sędziego najwyższej instancji od zagłębiania się w kręte ścieżki faktów i indywidualnych interesów stron, tem samem zniewala go do intensywnego skoncentrowania się na zagadnieniu prawnem, dzięki czemu stwarza rękojmię możliwie dokładnego jego rozwiązania.

Następnie ze względu na to, że geneza kasacji mniej znaną jest prawnikom z Małopolski i Wielkopolski, pragnąłbym kilkoma szczegółami uzupełnić podany przez referentów materjał historyczny, przez co — jak sądzę — lepiej jeszcze uwydatnią się podstawy tej instytucji.

I w założeniu swem i w dotychczasowej realizacji instytucja kasacji polega na kontroli nad prawidłowem zastosowaniem prawa do ustaw faktycznych w ostatecznych wyrokach sądowych. Kontrola ta wyraz swój znajduje w unieważnieniu, na skutek odpowiedniej skargi, każdego wyroku, który wymaganiu zgodności z prawem zadość nie czyni, przy jednoczesnem odesłaniu sprawy sądowi wyrokującemu do ponownego jej osądzenia. Tak rozumiana instytucja kasacji r o d o w ó d swój prowadzi z Francji.

I w Polsce wyroki trybunałów piotrkowskiego i lubelskiego z biegiem czasu wolno było zaskarżać do sejmu, który, uchylając błędny wyrok, o d s y ł a ł sprawę trybunałowi do ponownego osądzenia na następnej kadencji, lecz przytem nie odróżniano błędów »czynu« sprawy od błędów prawa. Tak tamo przedstawiony na sejmie w 1558/9 r. przez kasztelana Jana Tarnowskiego projekt utworzenia sądu odzewnego dla spraw cywilnych, który właściwie miał przejąć wyżej wspomniane funkcje s ą d o w e sejmu i orzeczeniami swemi mógłby tylko znosić lub

potwierdzać wyroki niższej instancji (w całości lub części) nie miałby zaś mocy ich zmieniać (non per modum meliorationis, sed per modum approbationis aut cassątionis), — projekt ten nie zawierał koncepcji kasacji, ponieważ nie odróżniał błędów prawa od błędów w ustaleniu »czynu« sprawy, jednakowo obejmując jedno i drugie.

Ojczyzną właściwej kasacji, opartej na dyskwalifikowaniu i unieważnianiu wyroków z powodu zawartej w nich obrazy prawa, powtarzam, jest Francja, gdzie pomijając poprzednie fazy kasacji jeszcze niewłaściwej, zarys kasacji właściwej dostrzec można w t. zw. ordonansie de Blois z roku 1579, wydanej za Henryka III. Nawiązując do przeszłości (la forme prescrite par nos ordonances), a mianowicie niezupełnie zasadnie do ordonansji Filipa IV Pięknego z r. 1302, według której zreformowanie błędnego wyroku parlamentu zależało od tegoż parlamentu tylko pod przewodnictwem króla lub jego delegata i z większą już racją do późniejszej praktyki Ludwika XI (1461—1483) i Karola VIII (1483—1498), według której prawo kasacji błędnego wyroku służyło Radzie królewskiej (w sekcji »Grand conseil« lub »Conseil des parties« pod przewodnictwem kanclerza, jako zastępcy króla), ordonnansa z r. 1579 poddała pod kasację Rady wyroki, zawierajace obrazę ordonans królewskich, t. j. prawa królewskiego, nie zwyczajowego[1]). Z prawa tege za panowania Ludwika XIV (1645—1715) Rada królewska korzystała nader pochopnie tak, iż parlament, upatrując w tem obniżenie swojej powagi, za Ludwika XV (męża Marji Leszczyńskiej 1715—1774) wystąpił z ostrą opozycją przeciwko tej praktyce. Król polecił zbadanie sprawy radcom stanu Fleury i Voisin. Otóż w raportach, złożonych królowi przez tych uczonych prawników, po raz pierwszy wyłożoną została teorja kasacji. W myśl tej teorji w każdym wypadku, gdy wyrok zapada z obrazą prawa materjalnego lub form procesowych, powinna być dopuszczona kasacja wyroku, a to nietyle ze względu na interes prywatny stron, ile ze względu na interes publiczny, państwowy, a mianowicie na konieczność jednostajnej wykładni czyli jedności prawa w złączonych pod jednem berłem częściach państwa. Jest to wszakże środek nadzwyczajny, który wtedy dopiero może być dopuszczony, gdy sprawa przeszła przez wszystkie instancje w drodze odwołania się strony i gdy wyczerpane zostały wszystkie środki obrony, tak, iż wyrok pozyskał cechę ostatecznego wyrzeczenia władzy sądowej. Tak więc już wówczas teoretycznie skrystalizowała się kasacja jako kontrola prawna nad wymiarem sprawie-

---

[1]) »Déclarons les jugement, sentences et arrets, rendus contre la forme et teneur des ordonnances faites tant par nous que par les rois nos prédécesseurs, nuls et de nul effet et valeur« (art. 208).

dliwości, a sankcję realną otrzymała w regulaminie, wydanym dla Rady królewskiej 28 czerwca 1738 r., którego tytuł IV (Des demandes en cassation d'arrêts ou jugements rendus en dernier ressort) uregulował we wszystkich szczegółach postępowanie kasacyjne. Od znanej nam dziś koncepcji kasacji kontrola ta głównie tem się różniła, że ośrodkiem jej była władza królewska. Rzecz prosta atoli, że ewolucja polityczna, a potem jeszcze wydatniej rewolucja, przyczynić się musiały do dalszego ukształtowania się tej instytucji w doskonalszej postaci, w postaci odrębnego trybunału, niezwiązanego bezpośrednio z władzą królewską i poświęcającego się wyłącznie kontroli prawnej wyroków, t. j. rozważania powodów do kasacji w każdym poszczególnym przypadku bez wdawania się w dalsze rozpoznanie sprawy po wyrzeczeniu kasacji. Krok ten w samej rzeczy uczyniony był za Ludwika XVI przez ustawę z dnia 1 grudnia 1790 r. o ustanowieniu trybunału kasacyjnego. Ażeby nie pozostawała żadna wątpliwość co do jego charakteru, ustawa wyraźnie zastrzegała: »le tribunal ne conneit point de fond des affaires«. Trybunał ten — mówiąc słowami Laveux (autora Manuel du tribunal de cassation 1797) — stał się ośrodkiem władzy sądowej (»le centre du pouvoir judiciaire, le dernier asyle de la justice et de l'innocence sous les rapports de la conservation des lois et des formes légales«), mimo iż utworzony był właściwie nie jako trybunał sądowy, lecz przy zgromadzeniu prawodawczem (auprès du corps législativ [1]). Ta jednak jego struktura nie mogła pozostać bez wpływu na charakter jego orzeczeń: mianowicie, jeżeli sąd merytoryczny, mimo dwukrotnego skasowania jego wyroku, obstawał przy swoim poglądzie, sporną kwestę rozstrzygało samo zgromadzenie prawodawcze, którego dekret (t. zw. décret déclaratif de la loi) podlegał nadto zatwierdzeniu króla. Ten stan rzeczy zmieniła konstytucja z r. VIII lecz na krótko, bo już ustawa z 16 września 1807 r. postanowiła, że w razie nieuległości sądu apelacyjnego dwukrotnym orzeczeniom sądu kasacyjnego [2]), ten ostatni winien zażądać wykładni autentycznej od Rady Stanu (Conseil d'Etat), która stanowiła wówczas część władzy prawodawczej, i w której skład zresztą wchodzili najznakomitsi prawnicy, a w ich liczbie naczelny prezes sądu kasacyjnego. W 1828 r. ustała prerogatywa Rady

---

[1]) Objął on zresztą i pewne funkcje dawnego conseil de parties o charakterze sądowym, a mianowicie: 1) spory jurysdykcyjne między sądami należącymi do okręgów różnych sądów apelacyjnych, 2) odsyłanie od trybunału do trybunału »pour cause de suspition legitime ou de sureté publique« i 3) funkcje dyscyplinarne nad sędziami (w ogólnem zebraniu).

[2]) Senatusconsultum z 27 floréal XII r. — to samo, które nadało pierwszemu konsulowi godność cesarską, — zmieniło nazwę tribunal de cassation na cour de cassation.

Stanu; zastąpiła ją jednak Rada królewska. Dopiero prawo z 1 września 1837 r. uczyniło interpretację samego sądu kasacyjnego w jego izbach połączonych (chambres reunies) obowiązującą dla sądu apelacyjnego (po drugiej atoli kasacji) tak, iż wtedy dopiero sąd kasacyjny ostatecznie wyzwolił się z pod patronatu władzy wykonawczej i prawodawczej.

Tak oto przedstawia się instytucja kasacji na jej terenie ojczystym. Jej powstanie i stopniowa ewolucja wskazują, że współdziałały tu zarówno potrzeby życia, jak i świadoma myśl prawnicza. Z chwilą gdy instancja kasacyjna wyemancypowała się z pod władzy królewskiej, a potem i prawodawczej i stała się rzeczywistym ośrodkiem władzy sądowej, wymiar sprawiedliwości nabrał cech prawdziwej praworządności, obcej subjektywnym poglądom lub interesom osobistym.

I tak silnie promieniuje z kasacji owa praworządność, że nawet Sąd Kasacyjny Ks. Warszawskiego, aczkolwiek w niedoskonałym swym ustroju nie dorastał do ówczesnego sądu kasacyjnego we Francji pozostawił po sobie jasną kartę w dziejach naszego sądownictwa. Niestety nowy régime polityczny obdarzył Królestwo Kongresowe najwyższą instancją sądową o charakterze odmiennym rewizyjnym. Dekret z dnia 21 września 1815 r. w art. 19 stanowił, że w razie skasowania wyroku Sąd Najwyższej Instancji sam sprawę ostatecznie sądzi in merito, Sąd ten jednak wspomnienia dobrego po sobie nie pozostawił[1]. To też, przystępując do uporządkowania sądownictwa natychmiast po rewolucji, Komisja Sprawiedliwości wystąpiła z wnioskiem przywrócenia systemu kasacji. Znamienne są i nawet miarodajne w tej chwili powinny być dla nas »powody«, na których Komisja oparła swą opinję.

»Dawniej — pisała Komisja — były zdania podzielone między kasacją a sądzeniem in merito mocą ostatecznej instancji. Czas przygotował umysły za ustanowieniem kasacji. Nad nią obszerniej zastanowić się widzi Komisja potrzebę. Prawa stają się martwemi i nie przynoszą pożądanego skutku, jeżeli z niemi nie łączą się zarazem środki, zapewniające ich ścisłe wykonanie. Zasługują te środki na szczególniejszą uwagę w krajach, w których jest niepodległość sądownictwa przez ustawę zasadniczą zaręczona. Rząd, wyrzekając się

---

[1]) Zob. moją pracę: »Z dziejów sądownictwa kasacyjnego w Polsce. Sąd Najwyższej Instancji« (1917). W zakończeniu pisałem: »Na ogólne wyniki orzecznictwa Sądu Najwyższej Instancji ujemny wpływ wywrzeć musiało odchylenie jego podstawy ustrojowej od systemu czystej kasacji. Jeżeli chodzi o ogólną charakterystykę jego wyroków, to istotnie stwierdzić należy, że dzięki wadliwemu systemowi pomieszania kasacji z rewizją. nie mają one wybitnej wartości ani pod względem teoretyczno-jurysprudencyjnym, ani pod względem gruntowności analizy materjału faktycznego«.

wszelkiego wpływu na zdanie sędziego w pojedyńczej sprawie, wyzuwać się przecież nie może z obowiązku przestrzegania, aby sędzia pod tarczą niepodległości nie wywyższał się nad samo prawo, któremu posłuszeństwo zaprzysiągł. Sędzia, przestępujący tę granicę, narusza porządek społeczny, choćby najczystszemi wiedziony był intencjami. Każdy czyn, zgodny lub niezgodny z prawem, połączony być powinien z skutkiem, przez prawo zamierzonym, pierwszy z skutkiem zachowania, drugi z skutkiem niezachowania prawa. Na tem polega wiara publiczna i pewność stosunków prawnych między mieszkańcami kraju. Niektóre instytucje polegają na przepisach, które niekiedy mogą być niezupełnie zgodne z sprawiedliwością naturalną, ale są potrzebne dla osiągnięcia wyższych celów, jak np. formy, prawem oznaczone, czas do wykonania prawnych czynności zakreślony, na których polega skutek prawny. Sumienie sędziego jest mylne i zawodne, skoro się nie zasadza na przekonaniu o konieczności zachowania prawa. Sąd sprawę in merito sądzący, bywa częstokroć pociągany losem, jaki zrządzić może wygrana lub przegrana w stosunkach prywatnych strony spór wiodącej. Potrzeba, aby nad nimi czuwał sąd wyższy, który pilnuje tylko ścisłego wykonania prawa, który wyroki kasować, ale sprawy in merito sądzić nie może. Sąd, który po skasowaniu wyroku sam sądzi sprawę in merito obiera sobie niższe położenie, bo wstępuje w miejsce sądu, którego wyrok skasowanym został. W takim razie musielibyśmy przyjąć, iż w hierarchji sądowej nie masz istotnie kasacji, kiedy nie jest wolno od tego wyroku in merito odwołać się znowu do niej. W takim stanie rzeczy wyrzekamy się tego wrażenia zdań, jakie być powinno między sądem, pociąganym bardziej interesem indywidualnym, t. j. sprawą stron a sądem, pociąganym bardziej interesom społeczeństwa, t. j. ogólną egzekucją prawa. Na powyższych powodach oparta Komisja jest za ustanowieniem kasacji i godzić się nie może z połączeniem atrybucji sądzenia in merito sprawy, zwłaszcza, iż sąd, będąc skłonnym sądzić sprawę inaczej in merito, utoruje sobie do tego drogę przez przyjęcie rekursu, któryby może w innem położeniu odrzuconym został«.

Oto głos ponad wszelką wątpliwość bezstronny, oparty na długoletniej obserwacji, a z pewnością i na reminiscencjach byłych sędziów sądu najwyższej instancji, którzy później należeli do składu Komisji Sprawiedliwości. Jeżeli tę opinję dawniejszą, której jednak nam dziś zlekceważyć nie wolno, porównamy z współczesną nam i nawet w łonie Komisji Kodyfikacyjnej ujawnioną, ostrą krytyką rewizji, to na usunięcie kasacji, głęboko zakorzenionej i otoczonej pietyzmem w przeważającej części naszego państwa, chyba się nie zdecydujemy.

Przychylając się tedy całkowicie do zasadniczego stanowiska, za-

jętego przez referenta, winienem jeszcze wypowiedzieć się co do szczegółów jego projektu artykułowanego o postępowaniu kasacyjnem. W tej mierze nasuwają mi się tylko trzy bardziej istotne uwagi.

1) W projekcie brak wzmianki o wnioskach prokuratora, a w powodach do projektu brak wyjaśnienia, czem referent uzasadnia zniesienie obecnie istniejącego urzędu prokuratora w procesie kasacyjnym. Komisja, która w 1917 r. pod mojem przewodnictwem opracowywała projekt procedury cywilnej, jednomyślnie uchwaliła utrzymać wnioski prokuratora w postępowaniu kasacyjnem. Później przybyło mi jeszcze w tej mierze, jako sędziemu i kierownikowi izby cywilnej Sądu Najwyższego, doświadczenie osobiste, — uważam przeto za swój obowiązek stwierdzić, że dotychczasowy udział prokuratora w rozpoznawaniu spraw przez sąd kasacyjny jest czynnikiem bezwzględnie dodatnio wpływającym na gruntowność orzeczeń tego sądu. Dzięki swym wnioskom, starannie przygotowanym i wygłaszanym publicznie, prokurator gra rolę poniekąd kontrolera w stosunku do krystalizującego się pod wpływem sędziego-referenta poglądu izby kasacyjnej, a wiadomo przecież jakie doniosłe znaczenie ma zawsze, a zwłaszcza w życiu publicznem, planowo zorganizowana kontrola. Przytem wchodzi tu w grę jeszcze jeden czynnik psychologiczny niemałej doniosłości: to szlachetna emulacja w wystudjowaniu sprawy między dwoma, mniejwięcej równymi sobie prawnikami, z których nadto jeden, stojący poza kompletem orzekającym, może mniej liczyć się z tradycjami i być pionierem ewolucji w poglądach prawnych, podczas gdy drugi — referent w komplecie orzekającym — związany jest dotychczasową jurysprudencją swej izby i po drodze tej ewolucji kroczyć musi bardzo ostrożnie. Ta właśnie niejako uprzednia kontrola ze strony prokuratora i ta emulacja z nim sędziego-referenta stawiają w całej pełni tego ostatniego na właściwej wysokości. To też nie bez racji może był prawodawca z przed stu lat, gdy urządzając u nas sąd najwyższej instancji bez udziału prokuratora, wyłączył sędziego-referenta od głosowania w komplecie sądzącym (art. 18 dekretu z 1815 r.), obawiając się widocznie jego jednostronności przy »zgłębieniu obustronnych przyczyn i dowodów«, pomimo wyraźnego obowiązku »wyjaśnienia wszystkiego tego, co do legalnych w procesie wniosków prowadzić może (art. 6). Otóż przy udziale prokuratora ta obawa jednostronności upada, przeciwnie, wobec wzajemnej kontroli dwu czynników osiąga się najwyższa rękojmia bezstronności i możliwej nieomylności. We Francji i we Włoszech przy najdalej idącej reformie procesu nie mogłoby być mowy o zniesieniu wniosków prokuratora. Nie ulega wątpliwości, że prawnicy polscy z b. zaboru rosyjskiego również z wielką niechęcią widzieliby usunięcie prokuratora z izby kasacyjnej Sądu Najwyższego.

2) Projekt nadaje Sądowi Najwyższemu prawo merytorycznego osądzenia sprawy po skasowaniu zaskarżonego wyroku bez odsyłania jej do sądu II. instancji w tym wypadku, gdy obie strony o to wnoszą. Przeciwko takiemu sposobowi rozwiązania kwestji nie nastręczałby się żaden zarzut natury istotnej, o ile oprócz zgody obu stron i sam Sąd Najwyższy w każdej poszczególnej sprawie nie znajdzie przeszkody do wyrokowania na podstawie materjału faktycznego, ustalonego przez sąd II. instancji. Byłaby to niejako dalsza ewolucja kasacji, spowodowana względami oportunizmu; z jednej strony staje się tu zadość idei kontroli prawnej nad wymiarem sprawiedliwości, a z drugiej strony, wobec uproszczonej do maximum sytuacji, nie zachodzi poważna obawa jakiejś pomyłki w wyrokowaniu pomimo nieodesłania sprawy sądowi niższemu do ponownego rozpoznania. Lecz wyznać muszę, że w praktyce na taką zgodną wolę trzech podmiotu procesu (obu stron i Sądu) trudno liczyć, a przeto projektowany przepis pozostałby martwym, papierowym... Gdyby jednak pomysł ten, będący — jak rozumię — wyrazem kompromisu w stosunku do zwolenników systemu rewizji, został przyjęty przez Komisję Kodyfikacyjną, uważałbym — osobiście będąc zwolennikiem systemu odesłania z wyjątkiem tylko wypadków umorzenia sprawy [1]) — za pożądane tchnąć weń więcej życia przez rozszerzenie go na sprawy postępowania niospornego, w których niema drugiej strony, a więc rzeczywiście nie zachodzi obawa jakiegoś powikłania w razie nieprzekazania sprawy do ponownego osądzenia sądowi niższemu. Przy takiem rozszerzeniu myśli referenta projektowany przepis mógłby mieć częściej praktyczne zastosowanie.

3) Zgodnie z uchwałą b. Komisji warszawskiej, jestem zwolennikiem kaucji kasacyjnej, przyjętej przez ustawy: francuską, rosyjską, belgijską i włoską. Środek ten ma na celu zredukowanie liczby skarg kasacyjnych i zapobieżenie przeciążenia Sądu Najwyższego skargami bezzasadnemi. Kaucja powinna być dwóch rodzajów: niższa dla skarg kasacyjnych na wyroki sądu okręgowego, jako II. instancji i wyższa dla skarg na wyroki sądu apelacyjnego. Natomiast nie powinien być pobierany, wbrew obecnemu w Kongresówce porządkowi, opartemu na przepisach tymczasowych o kosztach sądowych, wpis sądowy od skarg kasacyjnych. Trzeba bowiem rozumieć, że we wpisach niższych instancji mieści się opłata za wydanie wyroku prawidłowego, a więc osobna opłata za poprawę wyroku nie po-

---

[1]) Nie należy zapominać, że w procesie karnym podobny przepis nie byłby możliwym, a przecież pożądane byłoby sharmonizowanie zasad kasacji w obu procesach — cywilnym i karnym.

winna być pobierana. Nie należy też, zdaniem mojem, uzależniać możności odwołania się kasacyjnego od wartości sprawy: interes publiczny ujednostajnienia jurysprudencji wymaga, ażeby (pod warunkiem złożenia kaucji) zaskarżenie kasacyjne dopuszczone było we wszystkich sprawach, w których służyło odwołanie w drodze apelacji.

Poza uwagami wyżej przytoczonemi mógłbym poczynić jeszcze niektóre spostrzeżenia mniejszej wagi, przeważnie zresztą co do stylizacji niektórych artykułów. Zamiast jednak obciążać przyczynek niniejszy szczegółowymi wywodami, wolę podać myśli swoje w formie niżej przytoczonych artykułów, przez co pomnoży się materjał do ostatecznej redakcji tego rozdziału ustawy postępowania cywilnego.

O odwołaniu w drodze kasacji.

1. Od wyroków sądu II. instancji stronom służy odwołanie w drodze kasacji do Sądu Najwyższego w ciągu miesiąca od doręczenia wyroku.

Narówni z wyrokami poczytuje się uchwały, kończące ostatecznie zamykające postępowanie w sprawie

ros 792, 796, 797, 801; austr. 502 505; niem. 562.

2. Wyroki sądu II. instancji (art. 1 ust. 1 i 2) ulegają kasacji w razie obrazy prawa przez mylną wykładnię jego istotnej myśli lub niewłaściwe zastosowanie przepisu ustawy, o ile błędy te miały wpływ na ostateczny wynik sprawy, jakoteż w razie pogwałcenia istotnych form postępowania sądowego.

ros. 793; austr. 503; niem. 549, 550, 551, 563; włos. 517.

3. Skarga kasacyjna winna być założona za pośrednictwem adwokata i zawierać dokładne wskazanie, czy skarżący odwołuje się od całegowyroku, czy też od pewnej jego części i z jakich mianowicie zasad.

ros. 798; austr. 506; niem. 554; włos. 522, 523.

4. Skargę kasacyjną wnosi się do sądu II. instancji, który wydał zaskarżony wyrok. W przedmiocie przyjęcia, pozostawienia bez biegu lub zwrotu skargi kasacyjnej z powodu braków formalnych, jakoteż w przedmiocie doręczenia odpisu skargi, sąd II. instancji kieruje się przepisami, postanowionymi dla sądów I. instancji w tym samym przedmiocie względem skarg apelacyjnych.

ros. 801; austr. 505, 507, 513; niem. 553; włos. 526.

5. W ciągu miesiąca od doręczenia skargi kasacyjnej, strona przeciwna może założyć wzajemną skargę kasacyjną, jakoteż odpowiedź na skargę, która może być połączona z skargą wzajemną. Do odpowiedzi i do skargi wzajemnej mają zastosowanie przepisy art. 3 i 4.

ros. 764, 801; austr. 507; niem. 556; włos. 531.

6. Przy skardze kasacyjnej jakoteż przy skardze wzajemnej, winna być załączona kaucja w wysokości .... Kaucja ta, w razie oddalenia skargi przez Sąd Najwyższy, przelewa się na rzecz skarbu państwa, w razie zaś uwzględnienia skargi zwraca się skarżącemu. Od złożenia kaucji zwolniony jest skarżący, korzystający z prawa ubogich.

ros. 800: włos. 521, 542.

7. Na zwrot skargi kasacyjnej, jakoteż skargi wzajemnej, przez sąd II. instancji można wnieść zażalenie do Sądu Najwyższego w ciągu 2 tygodni przy odpowiedniem zastosowaniu przepisów, postanowionych dla zażaleń na zwrot skarg apelacyjnych.

8. Przyjętą skargę apelacyjną oraz odpowiedź na nią i skargę wzajemną sąd II. inotancji bezwłocznie przedstawia Sądowi Najwyższemu wraz z aktami procesowemi obu instancyj.

austr. 508.

9. Wszystkie skargi, wpływające do Sądu Najwyższego, zostają rozpoznane przedewszystkiem na posiedzeniu niejawnem, celem sprawdzenia prawidłości uchwały sądu II. instancji w przedmiocie ich przyjęcia, w szczególności zaś celem odrzucenia tych z pośród skarg, które powinny były być zwrócone.

Skargi odpowiadające wymaganiom formalnym ustawy, zostają skierowane do osądzenia na posiedzeniu jawnem z wezwaniem stron, bądź też według uznania Sądu Najwyższego na posiedzeniu niejawnem, jeżeli przynajmniej jedna ze stron w jakimkolwiek piśmie nie żądała rozpoznania sprawy na posiedzeniu jawnem.

ros. 802 [1], 804 [2]; austr. 509; niem. 554 a, 555.

10. Na posiedzeniu Sądu Najwyższego sprawę referuje sędzia, wyznaczony na jej sprawozdawcę, poczem zastępcy stron, o ile są obecni, dopuszczeni są do wyjaśnień ustnych w granicach skargi kasacyjnej.

ros. 803; austr. 509; niem. 557: włos. 538.

11 Po wysłuchaniu wniosków prokuratora, Sąd Najwyższy przystępuje do wydania orzeczenia w granicach skargi kasacyjnej, względnie wniosków, przedstawionych przez strony (art. 10), przyczem z urzędu nawet bez powołania się stron bierze pod rozwagę: 1) czy sprawa podlega rozpoznaniu sądów, 2) czy wyroki niższych instancyj wydane były przez należyty skład sędziów, i 3) czy nie zachodzą istotne braki pod względem ustawowego zastępstwa jednej ze stron.

ros. 804: austr. 504; niem. 559; włos. 539.

12. Przepisy art. 10 i 11 mają zastosowanie i przy rozpoznawaniu

spraw przez pełny skład izby Sądu Najwyższego, jeżeli sprawa została mu przekazaną do rostrzygnięcia uchwałą zwykłego kompletu orzekającego, jak również przez połączone izby Sadu Najwyższego, jeżeli sprawa została przekazaną im uchwałą pełnego składu izby.

ros. 802 [3].

13. W razie uchylenia zaskarżonego wyroku sądu II. instancji, Sąd Najwyższy odsyła sprawę do ponownego osądzenia temuż sądowi lub innemu sądowi tegoż stopnia.

Jednak i bez odsyłania sprawy do ponownego rozpoznania Sąd Najwyższy może sam w następstwie zasady, wziętej za podstawę uchylenia zaskarżonego wyroku, wydać uchwałę o zniesieniu całego postępowania i umorzeniu sprawy [1].

ros. 809; austr. 478, 510; niem. 565; włos. 544.

14. Sąd, przed który sprawa została odesłana, związany jest wyjaśnieniem prawa, zawartem w orzeczeniu Sądu Najwyższego, i wydaje wyrok nowy lub uchwałę, nie krępując się poprzedniem wyrzeczeniem, uchylonem przez Sąd Najwyższy.

ros. 811; austr. 511; szwajc. 84.

15. Skarga kasacyjna na ponowny wyrok sądu II. instancji, oparty na ścisłem zastosowaniu udzielonego przez Sąd Najwyższy w tej sprawie wyjaśnienia prawnego, nie może być uwzględnioną.

ros. 813.

16. Założenie skargi kasacyjnej nie wstrzymuje wykonania wyroku sądu II. instuncji, oprócz przypadków, wskazanych w ustawie, dopóki nie zapadnie orzeczenie Sądu Najwyższego, wyrok ten uchylające.

ros. 814; 814 [1–3]; włos. 520.

---

1) Gdyby przyjętą została myśl prof. Fiericha w art. 21 jego projektu, drugi przypadek nieodsyłania sprawy sądowi II. instancji sformułowałbym mniejwięcej tak: »Sąd Najwyższy, może również sam, nie odsyłając sprawy do ponownego rozpoznania, wydać wyrok ostateczny na podstawie ustaleń faktycznych sądu II. instancji jeżeli uzna to za możliwe, bądź na skutek zgodnej prośby obu stron, bądź na skutek prośby jednej strony w tych sprawach, w których drugiej strony niema.

Dr. Jerzy Trammer.

UWAGI

do projektu prof. dra Fiericha, odnoszącego się do działu procedury cywilnej o »skardze w przedmiocie kasacji«.

Wedle Konstytucji (art. 84) stoi Sąd Najwyższy na czele sądów zwyczajnych jako część składowa organizacji sądów zwyczajnych.

Odwołanie się do Sądu Najwyższego przez stronę procesową przeciw orzeczeniom sądów odwoławczych jest prawem strony, w której interesie Sąd Najwyższy rozpatrzy orzeczenie sądu odwoławczego.

Z tych dwóch faktów wynika, że środek prawny, zapomocą którego strona procesowa zaczepia wyrok sądu odwoławczego i domaga się rozpatrzenia wyroku sądu odwoławczego przez Sąd Najwyższy, jest środkiem prawnym zwyczajnym i że jako taki winien być określony w procedurze cywilnej.

Ta konstrukcja wspomnianego tu środka prawnego odpowiada obecnie obowiązującym przepisom procedury niemieckiej (§ 545 i n.), procedury austrjackiej (§ 502 i n.) i procedury węgierskiej (§ 520 i n); konstrukcja ta nie odpowiada prawu francuskiemu, które traktuje wspomniany tu środek prawny jako środek nadzwyczajny, nie odpowiada też procedurze rosyjskiej (art. 185 i n. i 792 i n.) idącej za wzorem francuskim lubo ze znacznem odchyleniem od prawa francuskiego.

Otóż idąc za powyższymi dwoma momentami oraz idąc za konstrukcją aż trzech procedur cywilnych, obowiązujących na ziemiach polskich, uważam za wskazane, by środek prawny wniesiony przez stronę przeciw wyrokom sądów odwoławczych do Sądu Najwyższego skonstruowano w Procedurze cywilnej polskiej jako środek prawny zwyczajny, a to tembardziej, że w Polsce brak tych momentów histo-

rycznych, które wytworzyły nadzwyczajny środek prawny prawa francuskiego t. j. środek prawny skargi kasacyjnej.

Tem też tłumaczy się w dalszym ciągu zajęje stanowisko, przyznające omawianemu środkowi prawnemu skutek odwłoczny i nadające Sądowi Najwyższemu prawo i obowiązek merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy we wszystkich przypadkach, w których stan faktyczny sprawy na takie rozstrzygnięcie zezwala.

Oto punkt wyjścia dalszych uwag do projektu prof. Fiericha, z którego poszczególnymi postanowieniami poza wnioskami w dalszym ciągu naprowadzonymi — się godzą.

Przedewszystkiem co do nazwy omawianego tu środka prawnego, to uważam, że najlepiej byłoby przyjąć na oznaczenie środka prawnego omawianego nazwy »rewizja«, gdyż to wyrażenie przyjęte jest na oznaczenie omawianego środka prawnego w procedurze niemieckiej (§ 545), w procedurze austrjackiej (§ 502) i w procedurze węgierskiej (§ 520) i odpowiada ono temu pojęciu, które się zwyczajnie łączy ze środkiem prawnym zwyczajnym do Sądu Najwyższego. Należałoby przeto zastąpić wyraz »skarga kasacyjna« wyrażeniem »rewizja« w art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 14, 18, 19, 21 i 22 projektu.

Co do poszczególnych artykułów wskazane byłyby następujące zmiany:

ad art 3) Proponuję następujące brzmienie ust. 2 art. 3: »Rewizję wnieść należy do sądu, który wydał wyrok w I. instancji i to w ciągu 14 dni, licząc od dnia doręczenia wyroku sądu odwoławczego stronie wnoszącej rewizję«.

ad art. 4) Proponuję następujące brzmienie ust. 1 art. 4: »Na czasie wniesioną rewizję sąd I. instancji doręczy stronie przeciwnej z pouczeniem, iż wolno jej w ciągu dni 24, licząc od dnia doręczenia rewizji, wnieść odpowiedź na rewizję«.

ad art. 5) Proponuję następujące brzmienie art. 5: »Sąd I instancji już to po wniesieniu odpowiedzi na rewizję, już to po bezskutecznym upływie czasokresu wyznaczonego do wniesienia wspomnianej odpowiedzi przedłoży akta sporu sadowi odwoławczemu, który następnie, dołączywszy do nich własne akta odwoławcze, przedłoży je Sądowi Najwyższemu.

ad art. 8) Proponuję dodanie naostatku zdania: »O rozprawie należy zawiadomić strony«.

ad art. 9) Proponuję następujące brzmienie art. 9: »Strony mogą się zrzec przeprowadzenia ustnej rozprawy w Sądzie Najwyższym. Zrzeczenie to jest skutecznem, jeżeli strony złożyły takie oświadczenie pisemne w rewizji i w odpowiedzi na rewizję lub też w formie pisma wniesionego do Sądu Najwyższego przed rozpisaniem rozprawy«.

ad art. 16) Proponuję następujące brzmienie art. 16: »Sąd Najwyższy w granicach wniosku stron z urzędu bierze pod rozwagę, czy sąd odwoławczy, wydając wyrok, nie pogwałcił poza przepisami o postępowaniu sądowem przepisów prawa materjalnego nie wytkniętych w rewizji«.

ad art. 18 i 19) Należałoby przemienić porządek tych artykułów między sobą.

ad art. 21) Proponuję opuszczenie wyrazu »wyjątkowo« oraz opuszczenie ostatniego zdania ustępu a) t. j. następujących słów: »Sąd Najwyższy uskuteczni to jednak tylko wówczas, jeżeli obie strony spór wiodące złożą pisemne oświadczenie w sposób i czasie w art. 9 ust. 2 określony i zgadzają się na to, aby Sąd Najwyższy wydał wyrok w rzeczy samej w miejsce sądu odwoławczego«.

ad art. 22) Proponuję następujące brzmienie tego artykułu: »Wniesienie rewizji wstrzymuje wykonanie wyroku zaczepionego rewizją«.

Dla uzasadnienia tych wniosków przytacza się co następuje:

ad art. 3) W poszczególnych ustawodawstwach obowiązujących na ziemiach Polski różne są przepisy pod tym względem, gdzie należy wnieść środek prawny rewizji względnie skargi kasacyjnej. I tak procedura austrjacka każe rewizję wnieść do sądu I. instancji (§ 505), procedura węgierska (§ 527) każe ją wnieść do sądu II. instancji, procedura niemiecka (§ 553) każe wnieść rewizję do sądu III. instancji; to samo nakazuje odnośnie do skargi kasacyjnej procedura rosyjska (art. 801). Jest to kwestją tylko oportunizmu, do której instancji należy wnieść pismo rewizyjne względnie skargę kasacyjną. Jeżeli pismo rewizyjne względnie skargę kasacyjną wniesie się wprost do Sądu Najwyższego, to ten sąd musi wpierw zarekwirować akta sądu I. i sądu II. instancji i dopiero po przedłożeniu tych aktów może zbadać kwestję wstępną, czy pismo rewizyjne względnie skarga kasacyjna na czasie wniesione zostały. Tak samo jeżeli pismo rewizyjne względnie skargę kasacyjną wniesie się do sądu II. instancji, musi tenże sąd dopiero zarekwirować akta sądu I. instancji oraz, o ile i dowody doręczenia wyroku II. instancji znajdować się będą w aktach sądu I. instancji, dopiero po przedłożeniu tych aktów będzie mógł powziąć decyzję sąd odwoławczy co do kwestji, czy rewizja względnie skarga kasacyjna na czasie wniesione zostały.

Najprościej przedstawi się sprawa, jeżeli pismo rewizyjne względnie skarga kasacyjna — a mam tu na myśli pismo rewizyjne — wniesionem zostanie do sądu I. instancji; ten bowiem sąd, jak przypuszczać należy, będzie miał akta sprawy, a więc i dowody doręczenia i będzie mógł powziąć na tej podstawie decyzję co do kwestji, czy pismo rewizyjne wniesionem zostało na czasie, czy też nie.

Jeżeli się przyjmie tę zasadę, to sama procedura cywilna jako ustawa zyska na jednolitości, albowiem także pismo apelacyjne i pismo rekursowe mają być wedle odnośnych projektów wnoszone do sądu I. instancji.

Co się tyczy czasokresu, w przeciągu którego należy wnieść rewizję, to proponuję czasokres czternastodniowy. Podkreśla to charakter rewizji jako zwyczajnego środka prawnego, skoro dla rewizji zakreśla się taki sam czasokres, jaki jest przewidziany dla apelacji i rekursu. Zyskuje na tem także jednolitość przepisów procedury cywilnej. Zauważyć też należy, że doświadczenie w b. zaborze austrjackim poczynione wykazuje, że czasokres 14-dniowy do wniesienia środka prawnego rewizji jest wystarczającem. Przez przyjęcie krótkiego czasokresu do pisma rewizyjnego zyskuje także postępowanie na szybkości, przyświecającej ogółowi przepisów projektowanych.

ad art. 4 i 5) Poprawka tu proponowana jest tylko logicznem następstwem poprawki proponowanej ad art. 3).

ad art. 8) Wskazane jest wyraźne zaznaczenie, że o rozprawie przed Sądem Najwyższym zawiadomione być mają strony, gdyż stronom przysługuje prawo interweniowania na rozprawie, jak to wynika z art. 10 i 12 projektu. Jest to konsekwencją stanowiska, że środek prawny rewizji jest wynikiem praw stron.

ad art. 9) Proponowane brzmienie co do treści nie różni się od art. 9 projektu. Jest to tylko ściślejszem określeniem myśli w art. 9 projektu zawartych; — ustęp 2 art. 9 projektu opuszczono z uwagi na niżej zajęte stanowisko odnośnie do art. 21.

ad art. 16) Proponuję rozszerzenie zasady przyjętej w art. 16 projektu. Godzi się bowiem, aby nietylko w przypadku naruszenia prawa mającego na celu strzeżenie porządku publicznego lub dobrych obyczajów, ale także w przypadku naruszenia każdego innego prawa materjalnego przez sąd odwoławczy choćby w kierunku niewytkniętym przez stronę — Sąd Najwyższy mógł zająć stanowisko wobec takiego pogwałcenia prawa. Leży to w interesie powagi orzecznictwa Sądu Najwyższego.

ad art. 18 i 19) Ze względów systematycznych należałoby najpierw zamieścić obecny artykuł 19 projektu, a potem dopiero obecny artykuł 18 projektu, gdyż artykuł 18 łączy się logicznie z artykułem 20 projektu.

ad art. 21) Projektowana zmiana jest następstwem okoliczności, że Sąd Najwyższy ma być sądem w toku instancji sądem III-ciej instancji.

Skutkiem tego winien Sąd Najwyższy w III. instancji orzekać zawsze wtedy, gdy na to stan sprawy pozwala. Nieuzadnionem byłoby w przypadku takim odsyłać sprawę do sądu apelacyjnego. Ponieważ

sąd apelacyjny po myśli art. 20 projektu związany jest zapatrywaniem prawnem Sądu Najwyższego, przeto w razie zniesienia wyroku odwoławczego przez Sąd Najwyższy sąd apelacyjny ograniczyć się będzie musiał do formalności wydania wyroku takiego, jaki mu Sąd Najwyższy podyktował. To spowodowałoby tylko stratę czasu, opóźnienie załatwienia sprawy i dalsze koszta. Jeżeliby zaś sąd apelacyjny na skutek nowych twierdzeń stron i zaofiarowanych nowych dowodów miał uwzględnić te nowe twierdzenia i nowe dowody i potem dopiero wydać orzeczenie, to prawdą jest, że w takim przypadku decyzja sądu apelacyjnego mogłaby zapaść odmiennie od zapatrywania prawnego, zawartego w znoszącej decyzji Sądu Najwyższego. Wszelako takich przypadków nie należy forytować, gdyż było rzeczą stron przytoczyć na czasie, a zatem jeszcze przed odesłaniem sprawy do Sądu Najwyższego fakta i zaofiarować dowody, a nie czekać z tem dopiero do chwili zniesienia wyroku odwoławczego przez Sąd Najwyższy. I to przedłuża sprawę i powoduje koszta nowe. Jeżeli wyjątkowo strony bez swej winy nie mogły korzystać poprzednio z nowego materjału faktycznego i dowodowego, to i tak w pewnych przypadkach pozostaje im otwartą droga skargi o wznowienie.

W obowiązujących ustawach procesowych na ziemiach Polski tylko procedura rosyjska (art. 193 i 809) odsyła w każdym przypadku stwierdzonego przez Sąd Najwyższy pogwałcenia prawa i zniesienia wyroku odwoławczego ponownie sprawę do sądu odwoławczego. Natomiast tak procedura austrjacka (§ 510) jak procedura niemiecka (§ 565) jak i procedura węgierska (§ 543) każe Sądowi Najwyższemu wydać orzeczenie w rzeczy samej w przypadku stwierdzonego pogwałcenia prawa, ilekroć stan faktyczny sprawy na to pozwala. Na tem stanowisku stoi także procedura zurychska z r. 1913, lubo procedura ta hołduje zasadzie skargi kasacyjnej, a nie rewizji.

Widocznem jest przeto, że względy oportunistyczne przemawiają za przyjęciem stanowiska tu proponowanego.

Nie zapobiegnie niekorzyściom wyżej wytkniętym postanowienie projektu, że Sąd Najwyższy wyjątkowo może wydać orzeczenie w rzeczy samej — wśród warunków podanych, jeżeli obie strony spór wiodące na to się zgodzą. To postanowienie projektu wskazuje tylko na to, że i zdaniem p. autora projektu Sąd Najwyższy jest uzdolniony do wydania orzeczenia w rzeczy samej i że to nie koliduje z jego stanowiskiem. Wspomniane postanowienie projektu uważać należy za koncesję dla stanowiska tu zajętego, wszelako za koncesję nie wystarczającą, gdyż strony często wzbraniać się będą przenieść w poszczególnym przypadku prawo wydania orzeczenia w rzeczy samej na Sąd Najwyższy, a to z uwagi na swe uboczne cele, czy to na cel prze-

włoki, czy to na możność jeszcze uzupełnienia twierdzeń w przyszłości. Również z powagą Najwyższego Sądu nie da się pogodzić, by Sąd Najwyższy wtedy tylko mógł wyrokować, gdy na to się zgodzą obie strony, gdyż odmówienie takiego prawa wygląda na brak zaufania do Sądu Najwyższego. Dlatego lepiej jest przyznać prawo tu omawiane Sądowi Najwyższemu wprost w ustawie i uczynić je niezależnem od woli stron.

ad art. 22) Ponieważ rewizja jest środkiem prawnym zwyczajnym, ponieważ dalej rezultat rewizji, a nawet skargi kasacyjnej niema tylko teoretycznego znaczenia, lecz może doprowadzić do zmiany wyroku odwoławczego, bądź też do tegoż zniesienia, przeto jest wskazanem, aby środek prawny rewizji lub nawet skargi kasacyjnej mial skutek odwłoczny. Tylko wtedy bowiem zapobiegnie się zawikłaniom, jakie mogą powstać wskutek wykonania wyroku odwoławczego, zanim tenże uległ zmianie lub zniesieniu. Przewiduje to sam projekt i dlatego zastrzega, że wyjątkowo w przypadkach, przewidzianych w ustawie o postępowaniu egzekucyjnem, może być nadanem nawet skardze kasacyjnej skutek odwłoczny. Te wyjątki jednakże nie wystarczają dla życia praktycznego, wskazują tylko na trafność poglądu, że rewizja winna mieć moc odwłoczną.

To też z pośród ustaw procesowych obowiązujących na ziemiach Polski ustawa niemiecka (§ 560), austrjacka (§ 505) i węgierska przyznaje rewizji skutek odwłoczny; jedynie procedura rosyjska nie przyznaje (art. 814) w regule skardze kasacyjnej skutku odwłocznego, od reguły tej wprowadza jednak tyle wyjątków (art. 814/1, 814/2, 1295/1), że wyjątki te obalają regułę; okazuje się, że wyjątki te są podyktowane potrzebą życia i dlatego je procedura rosyjska, lubo uważa skargę kasacyjną za środek prawny nadzwyczajny, wprowadza. Również najnowsza procedura zurychska (§ 348) przewiduje możność wstrzymania wykonalności wyroku odwoławczego w razie wniesienia skargi kasacyjnej, zwanej tam skargą nieważności. Stosunki życiowe okazują się tak silnemi, że nawet w procedurze francuskiej, stojącej na stanowisku czystej skargi kasacyjnej zaszła konieczność wprowadzenia przypadków, w których skarga kasacyjna musi mieć skutek odwłoczny.

Dr, Jerzy Trammer.

Rekurs.

Art. 1. O ile ustawa niniejsza nie zawiera odmiennego postanowienia, dopuszczalny jest przeciwko uchwale (decyzji) rekurs.

W przypadkach, w których ustawa niniejsza wyklucza samoistny środek prawny, można środek prawny przeciw uchwale połączyć ze środkiem prawnym, wniesionym przeciw późniejszej uchwale lub późniejszemu wyrokowi, wydanym w tej samej instancji.

Art. 2. Czasokres do rekursu wynosi 14 dni.

Czasokres ten liczy się od dnia doręczenia pisemnego wygotowania uchwały. W razie zrzeczenia się doręczenia uchwały po myśli artykułu... (oraz w postępowaniu drobiazgowem w razie ogłoszenia uchwały w obecności obu stron) czasokres liczy się od dnia ogłoszenia uchwały.

Art. 3. Rekurs może się opierać na nowych faktach i na nowych środkach dowodowych.

Art. 4. Rekurs należy wnieść zapomocą pisma w tym sądzie, którego uchwałę wydaną w I. instancji zaczepia się rekursem; jeżeli rekursem zaczepia się uchwałę wydaną przez sąd w II. instancji, rekurs należy wnieść w tym sądzie, który rozstrzygał sprawę jako sąd I. instancji.

Rekurs wymaga także w sądach pokoju podpisu adwokata. Jeżeli jednak strona nie jest zastąpioną przez adwokata, może wnieść w sądzie pokoju rekurs do protokołu.

Art. 5. Rekurs nie ma odwłocznego skutku, chyba że ustawa w pewnych przypadkach inaczej postanawia.

Sąd. którego uchwałę zaczepiono, może jednak wstrzymać wykonanie tej uchwały aż do załatwienia wniesionego rekursu.

Art. 6. Rekurs niedopuszczalny lub spóźniony może odrzucić sąd, w którym rekurs wniesiono.

W każdym innym przypadku udziela ten sąd egzemplarz pisma rekursowego stronie przeciwnej, wobec której zaczepiona uchwała była skuteczną, zakreślając jej czasokres 3-dniowy do odpowiedzi.

Postanowienie ustępu 2 art. 4 ma zastosowanie także do tej odpowiedzi.

Po wpłynięciu na czasie odpowiedzi lub po bezskutecznym upływie czasokresu zakreślonego do odpowiedzi przedłoży sąd rekurs wraz z aktami sprawy sądowi przełożonemu w toku instancji.

Art. 7. Sąd rekursowy załatwia rekurs bez uprzedniej ustnej rozprawy. Przed rozstrzygnięciem może sąd rekursowy zarządzić potrzebne dochodzenia.

Art. 8. Uchwała sądu rekursowego, mocą której zatwierdzono uchwałę sądu I. instancji, nie podlega zaczepieniu zapomocą rekursu; nadto uchwała sądu rekursowego nie podlega zaczepieniu dalszemu w tych sprawach, w których niedopuszczalną jest rewizja.

Art. 9. Postanowienia artykułów . . . . mają odpowiednie zastosowanie do postępowania rekursowego.

Uzasadnienie.

Uwaga wstępna: Przy opracowaniu projektu działu procedury cywilnej o środku prawnym przeciw rozstrzygnięciom sądowym, nie będącym wyrokami, nasuwało się pytanie, jakiego wyrażenia użyć na oznaczenie wspomnianych tu rozstrzygnień sądowych oraz jak nazwać środek prawny, o który chodzi.

W pierwszej kwestji przyjęto wyrażenie »uchwała« względnie »decyzja« zgodnie z referatem dra Wiktoryna Mańkowskiego, odnoszącym się do projektu działu procedury cywilnej o wyrzeczeniach sądowych (§ 1 ustęp 2 str. 294). Wyrażenie »uchwała« przyjęte zostało także przez referentów innych dotąd opublikowanych części projektu procedury cywilnej.

W drugiej kwestji poszczególne ustawy procesowe, obecnie obowiązujące na ziemiach polskich, różną dają odpowiedź. I tak rosyjska procedura cywilna nazywa wspomniany tu środek prawny »skargą incydentalną« (art. 166 i n., art. 783 i n.); niemiecka procedura cywilna nazywa wspomniany tu środek prawny »zażaleniem« (§ 567 i n.); austrjacka procedura cywilna używa oznaczenia »rekurs« (§ 514 i n.); węgierska procedura cywilna używa wyrażenia odpowiadającego słowu »zażalenie« (§ 548 i n.). Rozchodzi się o to, które z tych wyrażeń przyjąć. W pierwszym rzędzie wyeliminować należy oznaczenie procedury rosyjskiej »skarga incydentalna«, gdyż oznaczenie to nie odpo-

wiada istocie środka prawnego procesowego wogóle, a środka prawnego przeciwko uchwałom procesowym w szczególności; skarga jest bowiem pojęciem materjalnem i już dlatego nie powinno się wyrażenia tego wprowadzać do procedury cywilnej; najwyżej możnaby jeszcze użyć wyrażenia »skarga« w procedurze cywilnej na oznaczenie tej czynności procesowej, która jest zrealizowaniem prawno materjalnego prawa skargi, a więc na oznaczenie pozwu. Również nieścisłą jest przydawka »incydentalną«, albowiem rozchodzi się w danym przypadku o środek prawny także przeciwko takim uchwałom, które nie są incydentem procesowym. Pozostaje przeto tylko decyzja, czy przyjąć wyrażenie »rekurs« czy też wyrażenie »zażalenie«. Pierwszeństwo przyznać należy wyrażeniu »rekurs«. Wyraz »zażalenie« jest bowiem pojęciem obszerniejszem, zażaleniem jest w rzeczywistości każdy środek prawny. Wyrażenie »rekurs« może być przyjętem jako techniczne oznaczenie środka prawnego przeciw uchwałom w procesie cywilnym w odróżnieniu od innych środków prawnych przewidzianych w procedurze cywilnej w szczególności od apelacji i od rewizji. Wyraz »rekurs« stanowić będzie także odróżnienie od wyrazu zażalenie, które uzyskało prawo obywatelstwa w procedurze karnej na oznaczenie przewidzianego tam środka prawnego [1]) [2]).

Naczelną kwestją, która musi być rozwiązaną w dziale procedury cywilnej o środku prawnym rekursu, jest oznaczenie granic — w jakich ten środek prawny jest dopuszczalny.

Pod tym względem poszczególne ustawy procesowe, obowiązujące na ziemiach polskich, różne zajmują stanowisko.

Wedle procedury rosyjskiej (art. 783 i 166) dopuszczalny jest środek prawny rekursu — nazwany tam skargą incydentalną — tylko w przypadkach w ustawie wyraźnie wskazanych. Są to przypadki przewidziane odnośnte do postępowania w sądach pokoju w art. 166, zaś odnośnie do postępowania w sądach okręgowych przewidziane w artykulach 269, 586, 596, 664, 673, 730, 757 780 i 1345.

Wedle procedury austrjackiej dopuszczalny jest środek rekursu przeciw wszystkim uchwałom z wyłączeniem tylko tych uchwał, co do których rekurs jest wyraźnie w ustawie wykluczony (§ 514). Ponieważ jednakże procedura cywilna wyklucza w pewnych wypadkach tylko osobny środek prawny, a nie wyklucza środka prawnego wogóle,

---

[1]) W dotychczasowych referatach opublikowanych referenci Prof. Dr. Gołąb, Dr. Skąpski i Prof. Dr. Allerhand używają oznaczenia »rekurs«, Dr. Mańkowski używa wyrażenia »zażalenie«.

[2]) Proc. zurychska używa oznaczenia »rekurs« (§ 334).

przeto w §-fie 515 powiedziano jest, że w tych przypadkach, w których wykluczony jest tylko osobny środek prawny, można połączyć środek prawny przeciwko odnośnej uchwale z środkiem prawnym przeciwko najbliższej decyzji podlegającej zaczepieniu.

Procedura węgierska przyjmuje, że rekurs — zwany tam zażaleniem — przeciwko uchwale w toku postępowania jest dopuszczalny tylko w przypadkach, w ustawie wymienionych, że natomiast rekurs przeciw innym uchwałom jest zawsze dozwolony, o ile wyraźnie w ustawie nie jest wykluczony (§§ 548 i 549).

Procedura niemiecka dopuszcza środka prawnego »rekursu« — zwanego tam zażaleniem — tylko w przypadkach, w których wyraźnie rekurs dopuszczony został, oraz generalnie przeciwko takim uchwałom, zapomocą których odmówiono prośbie, dotyczącej postępowania, zapomocą rozstrzygnięcia, które nie wymaga poprzedniej rozprawy (§ 567).

Z pośród tych czterech rodzajów określenia dopuszczalności środka prawnego rekursu ścisłe jest określenie procedury rosyjskiej, która dozwala rekursu tylko w przypadkach w ustawie imiennie oznaczonych, oraz określenie procedury austrjackiej, która dozwala środka prawnego rekursu we wszystkich przypadkach, w których rekurs nie jest wyraźnie wykluczony. Mniej ścisłe jest oznaczenie procedury węgierskiej, która nie określa ex professo, jakie uchwały uważa za uchwały wydane w toku postępowania a jakich nie uważa za wydane w toku postępowania, a mimo to inną zasadę przyjmuje dla pierwszej kategorji a inną dla drugiej kategorji uchwał; również mniej ścisłem jej określenie procedury niemieckiej, wprowadzającej rozróżnienia między uchwałami, zapomocą których odrzuca się podanie o wdrożenie postępowania zapomocą rozstrzygnięcia nie wymagającego poprzedniej ustnej rozprawy a innemi uchwałami, pomimo to w pierwszym przypadku dozwala generalnie środka prawnego rekursu, w drugim przypadku zaś dozwala rekursu tylko w przypadkach w ustawie przewidzianych.

Skutkiem tego zdecydować się należy tylko, czy przyjąć stanowisko procedury rosyjskiej, czy też stanowisko procedury austrjackiej. Stanowisko procedury austrjackiej jest ostrożniejsze, gdyż, nie przewidując wszelkich możliwych uchwał, procedura austrjacka nie wyklucza środka prawnego przeciwko żadnej uchwale z wyjątkiem tych, co do których to wyraźnie przewiduje, gdy tymczasem procedura rosyjska z góry wyklucza środek prawny rekursu wszędzie tam, gdzie rekursu wyraźnie nie dozwala.

W projekcie niniejszym przyjęto stanowisko procedury austrjackiej. Stanowisko tu zajęte odpowiada także stanowisku, zajętemu przez wszystkich niemal referentów dotąd (w projekcie) opublikowanych dzia-

łów procedury cywilnej (Tom I.). Referenci w swych projektach uważali za wskazane oznaczać wyraźnie te uchwały, przeciw którym niedopuszczalny jest środek prawny wogóle lub odrębny środek prawny. Co do pierwszej kategorji zobacz: Trammer (st. 7 — art. 27 i 28), Allerhand (str. 36 — art. 10 i str. 41 — art. 12, str. 43 — art. 13), Gołąb (str. 129 — art. 53, str. 130 — art 5, str. 131 — art. 67, str. 131 — art. 73, str. 134 — art. 88, strona 134 — art. 93), Allerhand (strona 230— art 21, str. 231 — art. , strona 233 — art. 33, strona 244 — art. 7, strona 256 — art. 8, strona 258 — art. 10), Litauer (strona 269 — art. 39, str. 276 — art. 90), Mańkowski (strona 297 — art. 17, zaś co do drugiej kategorji zobacz Skąpski strona 127 — art. 26, strona 128 — art. 34, strona 128 — art. 43, strona 129 — art. 53, strona 135 — art. 59, strona 136 — art. 104), Litauer (strona 265 — art. 16, strona 272 — art. 65). Stanowisko tu zajęte jest również ściślejsze od projektowanego przez Allerhanda brzmienia art. 107 (strona 239).

Stosownie do decyzji tu podanej sformułowano artykuł 1-szy projektu.

Przy sformułowaniu tego artykułu wychodzono ze założenia, że w procedurze polskiej przewidziane będą trzy instancje zgodnie z uchwałą Sekcji prawa procesowego, dlatego uznano w zasadzie za dopuszczalny środek prawny rekursu także przeciwko uchwałom wydanym przez sąd II. instancji, o ile wyraźnie w dziale o postępowaniu odwoławczem nie zostanie wyraźnie wykluczony środek prawny rekursu lub środek prawny osobnego rekursu przeciw poszczególnym uchwałom. Dlatego też w zasadzie uznano za dopuszczalny środek prawny rekursu przeciwko uchwałom sądu rekursowego i ograniczenie pod tym względem wprowadzono tylko wyżej w art. 8, wykluczając rekurs przeciwko uchwale sądu rekursowego, którą zatwierdzono uchwałę sądu I. instancji oraz przeciw uchwałom sądu rekursowego w tych sprawach, w których przeciw wyrokowi sądu II. instancji niema rewizji.

W art. 1. projektu nie wymieniono, czy i o ile w postępowaniu drobiazgowem lub w postępowaniu prowizorjalnem środek prawny rekursu jest dopuszczalny lub też w odróżnieniu od zwyczajnego postępowania nie jest dopuszczalny. W dzisiejszem stadjum prac przygoowawczych do procedury cywilnej, kiedy jeszcze nie są ustalone nadzwyczajne postępowania a więc ani postępowanie prowizorjalne ani postępowanie drobiazgowe, byłoby to przedwczesnem. Odnośne postanowienia, wedle których na przypadek wprowadzenia postępowania prowizorjalnego względnie drobiazgowego ograniczone będą środki prawne przeciwko uchwałom, będzie zależało zamieścić w odnośnych działach procedury cywilnej.

W art. 1-ym zrównano wszelkie uchwały a więc tak uchwały

pochodzące od sądów procesowych jak od przewodniczącego senatu, jak wreszcie od sędziego wyznaczonego lub wezwanego i tę myśl konsekwentnie przeprowadzono w dalszych artykułach projektu, a to z uwagi na możliwe uproszczenie zasad postępowania rekursowego.

W razie przyjęcia zasady z artykułu 1) projektu należeć będzie przy redagowaniu innych działów procedury cywilnej baczyć na to, by nie pominięto przy tych uchwałach, przy których środek prawny ma być wykluczony, zaznaczenia tego faktu w odnośnych miejscach tekstu ustawy.

Ad art. 2). Czasokres do rekursu wedle poszczególnych ustaw procesowych, obowiązujących na ziemiach polskich nie jest jednolity, czasokres ten wynosi w procedurze austrjackiej (§ 521) 14 dni, w procedurze niemieckiej (§ 577) 14 dni, w procedurze węgierskiej (§ 552) 8 dni, w procedurze rosyjskiej wynosi w sądach pokoju (art. 167) 7 dni zaś w sądach okręgowych (art. 785) 14 dni. Uproszczenie wymaga jednolitego czasokresu rekursowego tak w sądach pokoju jak i w sądach okręgowych i dlatego w artykule 2) projektu przyjęto jednolity czasokres i to czasokres 14-dniowy jako odpowiadający czasokresowi obowiązującemu w przeważnej części ziem polskich.

Czasokres liczy się wedle procedury austrjackiej (§ 521) od dnia doręczenia uchwały; jedynie w sprawach drobiazgowych, jeżeli uchwała ogłoszoną została w obecności obu stron, liczy się czasokres wedle procedury austrjackiej od dnia ogłoszenia uchwały. Wedle procedury węgierskiej liczy się czasokres zawsze od dnia doręczenia uchwały (§ 552). Wedle procedury niemieckiej liczy się czasokres od dnia doręczenia, z wyjątkiem przypadków §§ 336 i 952, w których czasokres liczy się od ogłoszenia uchwały (§ 577). Wedle procedury rosyjskiej (art. 785) liczy się czasokres w zasadzie od dnia ogłoszenia, a wyjątkowo tylko w przypadkach w ustawie wymienionych od dnia doręczenia.

W art. 2 projektu przyjęto jako zasadę, że czasokres do rekursu liczy się od dnia doręczenia uchwały. Na decyzję tę wpłynął fakt, że to odpowiada nietylko temu, co jest regułą we większej części procedur obowiązujących na ziemiach polskich (§ 521 austr. p. c., § 552 węg. p. c., § 577 niem. p. c.) ale także względy praktyczne, polegające na tem, że uchwały przeciwko którym istnieje środek prawny winny być stronom doręczane, gdyż tylko wtedy będą miały tę ścisłość we formułowaniu, która jest konieczną w racjonalnym procesie, nadto będą zawierały motywa we formie wykończonej. Stanowisko tu zajęte odpowiada także temu, co proponuje Mańkowski w dziale o wyrzeczeniach sądowych w art. 79 do 82 (strona 309) o skuteczności uchwał sądowych z chwilą doręczenia. Wyjątek od zasady tu przy-

jętej przyjęto tylko warunkowo dla postępowania drobiazgowego na przypadek, gdyby takie postępowanie wprowadzone zostało.

Ad art. 3). Procedura węgierska (§ 554) i procedura niemiecka (§ 570) wyraźnie zawierają postanowienia, że rekurs może być oparty na nowych faktach [1]) i na nowych dowodach. Tę zasadę należało przyjąć także dla procedury polskiej, skoro również postępowanie apelacyjne wedle uchwał sekcji dla prawa cywilnego formalnego dopuszcza nowości w postępowaniu apelacyjnem.

Ad art. 4). Zasadę, że rekurs należy wnieść do sądu I-szej instancji, przeprowadzono w art. tym ściśle bez wyjątku, a więc także odnośnie do uchwał wydanych przez sąd II-iej instancji. Uczyniono to dla pewnej prostolinijności a nadto ze względów praktycznych, gdyż przyjąć należy, że akta procesowe przechowywać będzie sąd I-szej instancji. Pod tym względem przyjęto zasadę §-fu 520 p. c. austr. tak, jak ona w praktyce była stosowana i to w sposób dobitniejszy aniżeli samo brzmienie procedury austr. stanowiło. Zasada przyjęta w art. 4 projektu odpowiada również procedurze rosyjskiej (art. 784) i procedurze niemieckiej (§ 569), nie dopuszcza jednakże wyjątków w ostatniej procedurze przewidzianych dla spraw nagłych, nie przewiduje również wyjątków dla uchwał sądów apelacyjnych, przewidzianych w § 553 węg. p. c.

Przewidziano przymus adwokacki dla rekursu wniesionego od uchwał sądu pokoju, o ile wniesiony zostanie w drodze pisemnej, z uwagi na to, że zazwyczaj rekursy opierają się na mylnej ocenie sprawy pod względem prawnym. Takiego samego postanowienia dla rekursów, wniesionych w sądach okręgowych, nie trzeba było przewidzieć, gdyż w sądach okręgowych i tak przymus adwokacki obowiązywać ma.

Ad art. 5). Rekurs niema charakteru środka prawnego odwłocznego; dano temu wyraz w ustępie 1-ym art. 5 projektu. Jest to zasada zgodna z przepisami procedury austrjackiej (§ 524), rosyjskiej (art. 877), węgierskiej (§ 556) oraz z tem, co procedura niemiecka (§ 572) uważa za regułę.

Aby jednak złagodzić surowe skutki braku odwłocznego skutku, przyznano w art. 5 w ustępie drugim temu sędziemu, który wydał zaczepioną uchwałę, prawo wstrzymania wykonania zaczepionej uchwały; uczyni to sędzia przy uwzględnieniu okoliczności poszczególnego przypadku. Odpowiada to także stanowisku procedury austrjackiej (§ 524), procedury niemieckiej (§ 572) i procedury węgierskiej (§ 556). Postanowienie procedury niemieckiej (§ 561) i węgierskiej (§ 556), że takie samo prawo przysługuje także sądowi rekursowemu nie jest potrzebne

[1]) Podobnie procedura zurychska z roku 1913 (§ 338)

gdyż w mocy sądu rekursowego leży uwzględnienie rekursu, co czyni zbytecznem przyznanie sądowi rekursowemu również prawa wstrzymania wykonania zaczepionej uchwały przed załatwieniem rekursu.

Ad art. 6). W artykule 6) w ustępie pierwszym postanowiono, że już sąd I. instancji może odrzucić rekurs niedopuszczalny lub spóźniony. Stronie oczywiście w przypadku takiego odrzucenia środka prawnego przysługiwać będzie prawo rekursu.

Przyznano już sądowi I. instancji prawo odrzucenia w podanych tu przypadkach rekursu, gdyż w razie wniesienia niedopuszczalnego lub spóźnionego rekursu byłoby przedkładanie rekursu instancji rekursowej tylko zródłem niepotrzebnej pracy dla sądu rekursowego.

Oczywiście postanowienie ustępu pierwszego art. 6 nie pozbawia w niczem sądu rekursowego prawa odrzucenia rekursu jako niedopuszczalnego lub spóźnionego, jeżeli sąd I. instancji tego nie uczynił, jakkolwiek zachodziły warunki odrzucenia rekursu z powodu niedopuszczalności lub z powodu spóźnienia.

Zresztą zasada ustępu pierwszego art. 6 projektu będzie mogła być dyfinitywnie ustaloną dopiero po ustaleniu zasad odnośnych przy postępowaniu apelacyjnem, z którą to zasadą uzgodnioną być winna.

W drugim ustępie art. 6) zastrzeżono, że egzemplarz rekursu należy doręczyć stronie przeciwnej, wobec której skuteczną była uchwala, zaczepiona rekursem. Stanowisko to zgodne jest z procedurą rosyjską (art. 786)[1] i znajduje swoje uzasadnienie w tem, że rekurs wolno oprzeć na nowych faktach i nowych dowodach, na które strona druga ma prawo się oświadczyć. Przewiduje to też wyraźnie rosyjska procedura w art. 788 i 789 a nadto lubo warunkowo procedura niemiecka (§ 573) i procedura węgierska (§ 557). Nadto niema w zasadzie powodu do czynienia różnicy między środkiem prawnym rekursu a środkiem prawnym apelacji tam, gdzie ta różnica nie wynika z odmienności podstaw środka prawnego; skoro zaś w postępowaniu apelacyjnem we wszystkich ustawach udziela się pismo apelacyjne przeciwnikowi, przeto niema podstawy do odstąpienia od tej reguły przy środku prawnym rekursu.

Czasokres do odpowiedzi skrócono do trzech dni, aby możność wniesienia odpowiedzi nie była źródłem przewłoki postępowania.

Ad art. 7). W artykule 7 projektu postanowiono, że załatwienie rekursu następuje bez ustnej rozprawy. Możność wyznaczenia rozprawy przewidziana jest w procedurze niemieckiej (§ 573 ustęp 1). Uważać jednakże to należy za zbyteczne wobec zastrzeżonego wedle art. 6 projektu stro-

---

[1]) Podobnie procedura zurychska (§§ 339 i 341).

nie przeciwnej doręczenia egzemplarza pisma rekursowego i możności oświadczenia się na to pismo.

Art. 8). Artykuł 8 przyjęto za wzorem austrjackiej procedury cywilnej.

Art. 9). Zastrzega powołanie w dziale o rekursie tych przepisów działu procedury o apelacji, które będą miały analogiczne zastosowanie przy rekursie. Wykończenie tego artykułu będzie mogło nastąpić dopiero po ustaleniu tekstu projektu projektu procedury cywilnej w jej dziale o apelacji.

Prof. Dr. Stanisław Gołąb.

Wznowienie postępowania.

I. Projekt.

Art. 1.

A) Przyczyny wznowienia.

Wznowienie postępowania nastąpić może:

1) z przyczyn nieważności,

2) z właściwych przyczyn restytucyjnych.

Art. 2.

1. Nieważność.

Z przyczyn nieważności żądać można skargą uchylenia prawomocnego wyroku sądowego w następujących przypadkach:

a) gdy sędzia wyrokujący wyłączony był z mocy tej ustawy od wykonywania urzędu sędziowskiego, a strona nie mogła dochodzić przyczyny wyłączającej już przed prawomocnością wyroku,

b) gdy strona nie była w procesie bądź zupełnie zastąpioną, bądź też nie miała zastępcy ustawowego, a nie nastąpiło należyte zatwierdzenie przedsięwziętych przez nią kroków procesowych.

Art. 3.

Nie można żądać wznowienia z przyczyn nieważności, gdy przyczynę wyłączającą sędziego, brak zdolności procesowej lub ustawowego zastępstwa, podnoszono już bezskutecznie przed prawomocnością wyroku.

Art. 4.

a) Zakres zastosowania.

1) Przeciw wyrokom Sądu Najwyższego nie jest dopuszczalnem wznowienie postępowania z przyczyn nieważności.

2) Nie można też żądać takiego wznowienia, gdy przeciw wyrokowi Sądu II. instancji jedna lub obie strony procesowe wniosły skargę kasacyjną.

Art. 5.

b) Właściwość Sądu.

Właściwym dla wznowienia postępowania z przyczyn nieważności jest ten Sąd, w którym zapadł zaczepiony wyrok. Jeżeli zaczepiono wyroki różnych instancyj, właściwym będzie Sąd II. instancji.

Art. 6.

2. Właściwe przyczyny restytucyjne: Czyn karygodny; znalezienie wyroku.

1) Z właściwych przyczyn restytucyjnych żądać można skargą wznowienia postępowania ukończonego prawomocnym wyrokiem, gdy wyrok ten oparto:

a) na dokumencie fałszywym lub sfałszowanym;

b) na fałszywem zeznaniu świadka, znawcy, tłumacza, lub na fałszywej przysiędze przeciwnika strony, która żąda wznowienia;

c) na podpadającem pod dochodzenia karno-sądowe innem oszukańczem działaniu zastępcy strony, która żąda wznowienia, jej przeciwnika procesowego lub tegoż zastępcy;

d) na podpadającem pod dochodzenia karno-sądowe naruszeniu obowiązków urzędowych przez sędziego.

2) Nadto żądać można wznowienia postępowania:

e) gdy strona znachodzi wyrok, którego pierwej przedłożyć nie mogła, a którym rozstrzygnięto już prawomocnie tensam stosunek prawny między temisamemi stronami.

Art. 7.

a) Zakres zastosowania.

1) Jeżeli jedna lub obie strony skargę kasacyjną przeciw wyrokowi Sądu II. instancji, wówczas nie może żadna z nich tak długo żądać wznowienia postępowania z właściwych przyczyn restytucyjnych, dopóki Sąd Najwyższy nie odrzuci skargi kasacyjnej lub nie wyda orzeczenia w rzeczy samej.

2) Niedopuszczalnem jest żądanie wznowienia postępowania, gdy Sąd Najwyższy, uwzględniając skargę kasacyjną uchyli zaczepiony wyrok i zwróci sprawę do ponownego osądzenia.

Art. 8.

b) Właściwość Sądu.

Skargi o wznowienie postępowania z właściwych przyczyn restytucyjnych wnosić należy do Sądu procesowego I. instancji; gdy jednak chodzi tylko o zmianę wyroku innego Sądu — do tegoż Sądu.

Art. 9.

c) Czyn karygodny.

1) Gdy zażądano wznowienia postępowania z przyczyn popełnionego czynu karygodnego, jednak nie wdrożono jeszcze postępowania karnego — spowoduje je Sąd procesowy bez ustnej rozprawy. Przeciwko tej uchwale niema środka prawnego.

2) W tym przypadku, jak również i wtedy, gdy postępowanie karne wprawdzie już wdrożono, jednak nie nastąpiło jeszcze prawomocne skazanie, wyznaczony Sąd procesowy audjencję do ustnej rozprawy na skargę o wznowienie dopiero po prawomocnem ukończeniu postępowania karnego.

Art. 10.

1) W razie zaniechania postępowania karnego ma Sąd karny podać Sądowi procesowemu zawsze wyraźnie przyczynę tego zaniechania, a jeżeli postępowania karnego wogóle nie wdrożono, oznajmi to Sąd procesowemu właściwa Prokuratura również z podaniem przyczyny.

2) Sąd procesowy oceni stosownie do przepisów zawartych w tytule o dowodach, jaki wpływ na postępowanie i wydanie orzeczenia w sporze o wznowienie wywrze prawomocne skazanie za czyn karygodny, będący przyczyną wznowienia. Odpowiednio też oceni Sąd procesowy wszystkie inne wyniki postępowania karnego lub zarządzonych dochodzeń przygotowawczych.

Art. 11.

d) Złączenie rozprawy.

1) W przypadkach wznowienia postępowania z właściwych przyczyn restytucyjnych połączy Sąd procesowy badanie dopuszczalności wznowienia z rozprawą w rzeczy samej zawsze wówczas, gdy przyczynę wznowienia wykazano dołączonemi już do pozwu dokumentami albo wierzytelnemi ich odpisami.

2) Nie przesądza to jednak możności ograniczenia rozprawy do jednego lub więcej punktów spornych, gdy zajdą warunki ustawowe.

Art. 12.

B) Postanowienia wspólne.

Do skarg o wznowienie stosować należy odpowiednio postanowienia rozdziałów..... tej ustawy z następującemi zmianami:

Art. 13.

a) Czasokres.

1) Skargę wnieść należy w czasokresie koniecznym dni 30-tu.

2) Czasokres ten oblicza się następująco:

a) W przypadku, gdy sędzia wyrokujący wyłączonym był od wykonywania urzędu sędziowskiego — od dnia, w którym strona dowiedziała się o tej przyczynie wznowienia, najwcześniej jednak od dnia, w którym zaczepiony wyrok urósł formalnie w moc prawną.

b) W przypadku, gdy strona nie była w procesie zastąpioną lub nie miała ustawowego zastępcy — od dnia, w którym zaczepiony wyrok doręczono stronie, zaś w braku zdolności procesowej strony jej zastępcy, najwcześniej atoli od dnia, w którym zaczepiony wyrok urósł formalnie w moc prawną.

c) W przypadkach, gdy przyczyną wznowienia było popełnienie czynu karygodnego — od dnia prawomocności wyroku karnego albo uchwały, którą zaniechano postępowanie karne. Gdy nie można było żądać wznowienia ze względu na wniesioną skargę kasacyjną, wówczas czasokres powyższy liczyć należy najwcześniej od dnia, w którym doręczono stronie uchwałę, odrzucającą skargę kasacyjną, lub wyrok Sądu Najwyższego, orzekający w rzeczy samej.

d) W przypadku znalezienia przez stronę wyroku, którym rozstrzygnięto już prawomocnie tensam stosunek prawny między temisamemi stronami — od dnia, w którym strona żądająca wznowienia mogła przedłożyć ten wyrok Sądowi.

3) Nie można wnosić skargi o wznowienie po upływie lat 10-ciu od prawomocności wyroku, z wyjątkiem przypadku, gdy strona nie była w procesie zastąpioną lub nie miała zastępcy ustawowego.

Art. 14.

b) Treść pozwu.

Skarga ma zawierać obok oznaczenia zaczepionego wyroku, tudzież przyczyny wznowienia, jeszcze następujące dane:

a) podanie okoliczności i środków dowodowych na dotrzymanie czasokresu koniecznego do wniesienia skargi;
b) podanie okoliczności istotnych dla oceny właściwości Sądu;
c) wniosek o uchylenie lub zmianę zaczepionego wyroku z określeniem, jakie inne orzeczenie zapaść ma w rzeczy samej.

Art. 15.

c) Odrzucenie skargi: przed rozprawą;

1) Sąd zbada przed wyznaczeniem ustnej rozprawy, czy skarga opiera się na jednej z określonych ustawą przyczyn wznowienia i czy ją wniesiono w ustawowym czasokresie. Na żądanie Sądu ma powód uwiarygodnić okoliczności miarodajne w przedmiocie dopuszczalności wznowienia lub w kwestji dotrzymania czasokresu.

2) Gdy się okaże brak jednego z tych warunków, lub gdy skarga z innych ustawowych przyczyn ma być odrzuconą, odrzuci ją Sąd jako nienadającą się do wyznaczenia ustnej rozprawy.

Art. 16.

w toku sporu.

Sąd odrzuci skargę także wówczas, gdy się okaże dopiero w toku ustnej rozprawy brak ustawowej przyczyny wznowienia, albo że jest wniesioną zapóźno.

Art .17.

d) Wyłączenie sędziego.

Sędzia, z przyczyny udziału lub zachowania się którego wytoczono skargę o wznowienie, wyłączony jest od prowadzenia rozprawy i orzekania o tej skardze.

Art. 18.

e) Postępowanie w Sądzie II. instancji.

Jeżeli dla skargi o wznowienie właściwym jest Sąd II. instancji, wówczas stosować należy przepisy miarodajne dla tegoż Sądu, jako odwoławczego, w przedmiocie ustnej rozprawy, prowadzenia dowodów wyroku i środków prawnych.

Art. 19.

f) Rozłączenie rozprawy.

Gdy do rozstrzygania o wznowieniu nie jest właściwym Sąd I. instancji, a w myśl przepisów, obowiązujących w przedmiocie postępowania przed Sądem właściwym, przeprowadzenie rozprawy w rzeczy

samej natrafia na trudności — poprzestanie tenże Sąd na rozstrzygnięciu o dopuszczalności wznowienia, odsyłając w danym razie spór, celem przeprowadzenia rozprawy w rzeczy samej, do Sądu I. lub II instancji.

Art. 20.

g) Inne przypadki.

W innych przypadkach oceni Sąd na podstawie dokładnego rozważenia stanu rzeczy, czy połączyć badanie dopuszczalności wznowienia z rozprawą w rzeczy samej, czy przeciwnie rozstrzygnąć najpierw o dopuszczalności wznowienia, a dopiero następnie wdrożyć ewentualnie natychmiast postępowanie w rzeczy samej.

Art. 21.

h) Dalsze postępowanie.

1) W przypadkach, w których zapadło najpierw rozstrzygnięcie o dopuszczalności wznowienia nie jest wdrożenie postępowania w rzeczy samej zawisłe od jego prawomocności.

2) Jeżeli rozprawa w rzeczy samej ma być prowadzoną w tym samym Sądzie, który dopuścił wznowienia, nie należy tego rozstrzygnięcia wygotowywać osobno, lecz włączyć je trzeba do zapaść mającego rozstrzygnięcia w rzeczy samej.

Art. 22.

i) Wykonalność wyroku.

Wniesienie skargi o wznowienie nie tamuje wykonalności prawomocnego wyroku.

II. Motywy.

A. Komisja warszawska[1]) przy ówczesnym Departamencie Sprawiedliwości postanowiła w r. 1917, iż podstawę do uchylenia wyroku w drodze skargi restytucyjnej stanowić będą następujące okoliczności:

1) fałsz dokumentu, na którym został oparty wyrok zaskarżony (proc. franc. art. 480 p. 9; proc. niem. § 580 p. 2; proc. austr. § 530 p. 1);

---

[1]) Główne zasady polskiej procedury cywilnej (Z prac Komjsji przy Departamencie Sprawiedliwości). — w Kwartalniku Prawa Cywilnego i Handlowego, rok 1917. Zeszyt 4, str. 640 i nast.

2) podstęp osobisty, pociągający następstwa karne, a także odzyskanie dokumentu stanowczego, przez czyn strony przeciwnej zatajonego (proc. franc. art. 480 p. 1 i 10; proc. niem. § 580 p. 4; proc. austr. § 530 p. 3 i 7);

3) fałszywa przysięga strony (proc. niem. § 580 p. 1; proc. austr. § 530 p. 2);

4) fałszywe zeznanie świadka lub biegłego, gdy na nich oparty był wyrok zaskarżony (proc. niem. § 580 p. 3; proc. austr. § 530 p. 2);

5) uchylenie wyroku karnego, na którym oparty został wyrok cywilny (proc. niem. § 580 p. 6; proc. austr. § 530 p. 5).

Komisja ta odrzuciła natomiast (4 głosami contra 2) następujące przyczyny wznowienia: a) zaoczność wyroku drugiej instancji, gdy miejsce zamieszkania pozwanego nie było wskazane i gdy był on wezwany przez publikacje (art. 794 p. 2. proc. ros.) i b) niesumienność sędziego (§ 580 p. 5. proc. niem. i § 530 p. 4. proc. austr.).

Wreszcie postanowiła rzeczona Komisja jednogłośnie, »że oprócz wyliczonych wyżej otworów restytucyjnych, będą stanowiły zasadę prawną do skargi restytucyjnej otwory, przytoczono w punktach 6 i 7 § 530 proc. austr., traktujące o sprzeczności wyroków i nowych faktach oraz dowodach, które nie mogły być wcześniej w postępowaniu przytoczone«.

Komisja krakowska[1]) nie powzięła w tej materji uchwał formalnych, zgodzono się jednakowoż w zasadzie na wywody i wnioski referenta, który wyszedł z założenia, że gdy »podstawą wyroku jest ustalony na zasadzie przeprowadzonych dowodów stan faktyczny, przeto przyczyną restytucji może być każda nowość, wykazująca, że dowodu albo środka dowodowego nie było, albo też, że stan faktyczny wobec nowości inaczej musiał być ustalony«. W następstwie tego założenia przejęto też tam ex re »czynu karygodnego« następujące przyczyny wznowienia:

1) fałszywie wystawiony lub sfałszowany dokument;

2) fałszywe zeznanie świadka, lub orzeczenie znawcy, lub fałszywą przysięgę, o ile na nich wyrok oparto;

3) oszustwo zastępcy strony lub strony przeciwnej, albo samej strony przeciwnej, o ile przez nie uzyskano wyrok;

4) karygodne naruszenie obowiązków służbowych przez sędziego.

Komisja krakowska odbiegła tedy od uchwał Komisji warszawskiej, pomijając już nieco odmienną stylizację przyczyn wznowienia, w tym

---

[1]) Polska Procedura Cywilna, Część I. Sprawozdanie Kom. wybranej przez Tow. prawn. i ekonom. w Krakowie, zredagowane przez Ksawerego Fiericha Tadeusza Dziurzyńskiego i Stanisława Gołąba. Kraków 1918, str. 72 n.

przedewszystkiem punkcie, iż przyjęła »karygodne naruszenie obowiązków służbowych przez sędziego« jako przyczynę wznowienia, którą to przyczynę odrzuciła Komisja warszawska pod określeniem »niesumienności sędziego« [1]). Różnica zdań w rzeczonym punkcie miała swą podstawę w bardziej oportunistycznem stanowisku większości Komisji warszawskiej, mniemającej, iż »niesumienność sędziego mogłaby wtedy tylko być powodem do restytucji, gdyby uzewnętrzniła się w czynności nieprawidłowej, która sama przez się stanowiłaby powód do restytucji: ale wówczas uchylenie wyroku nastąpiłoby z jednej z przyczyn rzeczowych, wymienionych pomiędzy powodami restytucyjnymi, przyjętymi przez Komisję; wobec tego zamieszczanie niesumienności sędziego w szeregu samodzielnych powodów restytucyjnych jest zbędne«. W przeciwieństwie do tego zapatrywania zajął referent Komisji krakowskiej stanowisko »pryncypjalne«, wywodząc, iż brak podstawowego warunku sprawiedliwego sądzenia, jakim jest czystość sumienia (moralność) sędziego, musi być w każdym przypadku uwzględnionym, gdyż rodzi zawsze brak zaufania w czystość sędziowskiego orzeczenia, a to bez względu na to, czy między niesumiennością sędziego a jego rozstrzygnięciem zachodzi związek przyczynowy. Zresztą — wedle tegoż zapatrywania — sędzia nadaje kierunek rozprawie i ma swobodę oceny całego materjału procesowego, wobec czego brak czynności nieprawidłowej nie może przemawiać za czystością sądzenia, jeżeli niesumienność sędziego zostaje wykazaną. Ostatni argument był także argumentem mniejszości Komisji warszawskiej, która podnosiła, »że niesumienność sądziego, polegająca np. na przyjęciu łapówki od jednej ze stron procesowych, niezależnie od tego, czy ujawni się na przewodzie sądowym, czy nie, powinna otwierać drogę do skargi restytucyjnej, gdyż sędzia niesumienny, wystrzegając się uchybień formalnych, może pomimo to w szeregu zarządzeń nieuchwytnych nadać sprawie kierunek tendencyjny«.

Trzeba odrazu zaznaczyć, że ani jedno ani drugie stanowisko utrzymać się nie da. Naruszenie bowiem obowiązków urzędowych przez sędziego może być przyczyną wydania niesłusznego wyroku, choć nie podpada co do kwalifikacji kryminalnej pod »podstęp osobisty« lub »fałsz dokumentu«, które przyjęto jako przyczyny restytucyjne w Komisji warszawskiej. Z drugiej strony, nie jest rzeczą właściwą, dopuszczać wznowienia postępowania także i wtedy, gdy między »niesumiennością« sędziego a wyrokiem nie zachodzi żaden przyczynowy związek. Tu nie chodzi wcale o »podstawowe warunki sprawiedliwego sądzenia«, ani o »brak zaufania w czystość orzeczenia sędziego« — tu idzie tylko

[1]) Kwartalnik prawa cyw. i handl. j. w. str. 641—642.

i jedynie (v. niżej) o to, czy nadużycie władzy (naruszenie obowiązków urzędowych) przez sędziego spowodowało niesłuszne rozstrzygnięcie.

Oprócz powyższych przyczyn restytucji były jeszcze w Komisji krakowskiej rozważane następujące:

5) nowe okoliczności i nowe środki dowodowe, które po wydaniu wyroku względnie po zamknięciu rozprawy doszły do wiadomości strony i przedtem przez nią spożytkowane być nie mogły, o ile byłyby zdolne wywołać inne korzystniejsze dla restytuenta orzeczenie;

6) odnalezienie prawomocnego wyroku, wydanego w sporze pomiędzy temisamemi stronami (wzgl. ich spadkodawcami) i rozstrzygającego tensam spór, bez względu na to, czy w tensam sposób czy sprzecznie z później wydanym wyrokiem;

7) następne uchylenie wyroku karnego, na którym opierał się wyrok cywilny.

B. Niniejszy projekt odbiega od powyższych ustaleń w następujących punktach:

1. Przyjmuje wznowienie postępowania a) z przyczyn nieważności i b) z właciwych przyczyn restytucyjnych, nie wprowedzając zresztą osobnej skargi nieważności jak proc. niem. (578—579), a zwłaszcza proc. austr. (529). Por. § 563 węg. proc. cyw.

2. Z właściwych przyczyn restytucyjnych odrzucono w projekcie: a) uchylenie wyroku karnego i b) nowe fakty i dowody.

3. Naruszenie obowiązków urzędowych przez sędziego przyjęto jako jednę z właściwych przyczyn restytucyjnych z dwoma zastrzeżeniami: a) gdy na niem oparto wyrok, który wskutek wznowienia postępowania ma być uchylonym, i b) gdy to naruszenie podpada pod dochodzenie karno-sądowe (§ 580_5 niem., 530_3 austr. i 563_7 węg. proc. cywil.).

Ad 1). Instytucje t. zw. skargi nieważności i skargi o wznowienie (restytucyjnej) wyrobiły się w prawie pospolitem na tle ogólnej instytucji »przywrócenie do pierwotnego stanu« (restitutio in integrum). Różnica między poszczególnemi środkami restytucyjnemi tkwi w przyczynach i celach restytucji, odpowiednio do których rozróżnić można w procesie cywilnym trzy środki restytucyjne:

a) wniosek o przywrócenie do pierwotnego stanu. Przyczyna: omieszkanie (zaniedbanie) czynności procesowej. Cel: uchylenie skutków tego omieszkania;

b) skargę nieważności. Przyczyna: określona nieważność postępowania. Cel: uchylenie rozstrzygnięcia jedynie ex re tego »braku formalnego« t. j. bez względu na okoliczność, czy i jaki niekorzystny wpływ wywarł lub nie wywarł na rozstrzygnięcie;

c) skargę o wznowienie. Przyczyna: hipotetyczna niesłuszność rozstrzygnięcia w następstwie faktów, na których żądanie wznowienia oparto, a które, jak np. czyn karygodny, świadczyć mają o tem, że rozstrzygnięcie nie odpowiada danej sytuacji. Cel: zmiana rozstrzygnięcia właśnie i tylko ex re jego niesłuszności, gdy zawodzą inne środki prawne.

Wynika stąd, że wszystkie te trzy środki zmierzają do »przywrócenia do pierwotnego stanu«, a mimo to odróżnienie ich od siebie jest i teoretycznie i praktycznie uzasadnione. Rzecz inna, czy należy — a chodzi nam tu jedynie o środki wymienione wyżej pod b) i c); środek a) opracowano już na innem miejscu[1]) — przeprowadzić to odróżnienie w samej ustawie procesowej. Można traktować obie te instytucje w jednym rozdziale procedury, odróżniając jednak dwie skargi: skargę nieważności i skargę o wznowienie. Można też szerszem pojęciem »wznowienia« objąć zarówno przypadki skargi nieważności, jak i przypadki skargi o wznowienie (§ 578 i nast. niem. proc. cyw.). Projekt nie odróżnia osobnej skargi nieważności, lecz dopuszcza wznowienia postępowania tak »z przyczyn nieważności«, jak i »z właściwych przyczyn restytucyjnych«. Kwestja to raczej redakcyjna: istota rzeczy tkwi w tem, czy zachodzi potrzeba uwzględnienia obu tych instytucyj w polskiej procedurze cywilnej. I tu już z góry przyjąć trzeba jako pewnik, że przypadki wznowienia (c) muszą być tam unormowane — chodzi więc tylko o to, czy uwzględnione być mają także przypadki skargi nieważności (b)?. Rzecz ta stoi w ścisłym związku ze strukturą środków prawnych od rozstrzygnięć sądowych w procesie cywilnym. W razie przyjęcia systemu kasacji — przyczyny nieważności uwzględni już Sąd kasacyjny, a »możność zaczepiania wyroków wydanych przez Sądy właściwe musi raz znaleść granicę«[2]). Nie byłoby tedy rzeczą właściwą dopuszczać tu jeszcze (po wyroku kasacyjnym) skargę nieważności; gdy bowiem zajdzie nieważnosć z powodu udziału sędziego wyłączonego lub z powodu braku zdolności procesowej strony, wówczas nastąpi zniesienie wyroku przez Sąd kasacyjny i odesłanie sprawy do Sądu apelacyjnego. Ale zapomnieć nie wolno, że: α) uróść w moc prawną może już wyrok I. instancji, a to z powodu niezaczepienia go zwyczajnym środkiem prawnym. A dalej: β) chodzić też może o wyrok II. instancji, od którego żadna ze stron nie wniosła w przepisanym czasokresie skargi kasacyjnej, gdyż przyczyna nieważności nie była jej wówczas jeszcze znaną. Chodzi więc o to, aby dać stronie i w późniejszym czasie możność żądania uchyle-

[1]) Polska Procedura Cywilna. Projekty referentów z uzasadnieniem. Kraków, 1921. Tom I. str. 130 i nast. (Referat Skąpskiego).

[2]) Protokoły hanowerskie (1864), str. 3926.

nia wyroku z przyczyn tak doniosłych, jak wyłączenie sędziego z mocy ustawy od wykonywania urzędu sędziowskiego, albo brak zdolności procesowej strony. Wreszcie: γ) są przypadki, w których skarga kasacyjna nie jest nawet dopuszczalną od wyroków II. instancji.

Wykluczenie tedy skargi nieważności (wedle projektu: wznowienie »z przyczyn nieważności«) w którymkolwiek z tych przypadków nie byłoby usprawiedliwione.

Przystępując do właściwego wznowienia (vide wyżej pod c), nie powinno się mieć wątpliwości, że dopuścić je trzeba tak wówczas, gdy wyrok I. instancji urósł w moc prawną z powodu niewniesienia środka prawnego, jak i wtedy, gdy chodzi o wyrok II. instancji, przeciw któremu żadna ze stron nie wniosła skargi kasacyjnej. Chodziłoby więc tylko o przypadki kolizji pomiędzy skargą kasacyjną a skargą o wznowienie. Można tu bronić stanowiska, iż przeciw wyrokom II. instancji dopuszczalną jest i skarga kasacyjna i skarga o wznowienie. Lecz wówczas zajść mogą różne niepożądane komplikacje, dla rozwikłania których m. zd. nie wystarczy kryterjum, czy skarga o wznowienie pociąga za sobą tesame (czy inne) skutki prawne, co skarga kasacyjna. Wykluczyć w tym przypadku ostatnią na korzyść wznowienia nie wydaje mi się trafnem: trzeba bowiem uważać skargę o wznowienie za dalszy punkt na linji nadzwyczajnych środków prawnych—w ich odległości od formalnej prawomocności wyroku — niż skargę kasacyjną. Innemi słowy, środek nadzwyczajny, jakim jest ostatnia, leży bliżej tej prawomocności, niż środek nadzwyczajny, jakim jest skarga o wznowienie, wobec którego blednie »nadzwyczajność« skargi kasacyjnej tam zwłaszcza, gdzie dopuszcza się, aby sąd kasacyjny — choćby wyjątkowo i w ograniczonej bardzo mierze — rozstrzygał in merito. Wtedy bowiem nie będzie wcale daleką od prawdy hipoteza, że skarga kasacyjna leży jeszcze, przynajmniej częściowo, choćby »nieoficjalnie«, w polu formalnej prawomocności wyroku, jest zatem raczej zwyczajnym tylko środkiem prawnym w stosunku do wznowienia, mającego już niewątpliwie charakter środka nadzwyczajnego. W materjałach hanowerskich [1]) podniesiono też trafnie, że wznowienie jest subsydjarnym (ewentualnym t. j. wniesionym ewetualnie na przypadek odrzucenia

---

[1]) Str. 3976, 3997—3998. Tamże powiedziano: »Inaczej ma się rzecz według prawa francuskiego; usunięcie w tył zażalenia nieważności ma tam jednak swą podstawę w specjalnem... stanowisku Trybunału kasacyjnego i temmniej może tu być brane w rachubę, że przypadki wznowienia mają być całkiem inne, niż francuskiej requête civile«. I przedtem jeszcze: »Trzeba się trzymać jako reguły, że zażalenie nieważności ma pierwszeństwo. Albowiem wznowienie ma być... subsydjarnym środkiem, prawnym, z którego tylko wtedy można zrobić użytek gdy już communi jure nie użycza się więcej ochrony prawnej«.

«zażalenia nieważności«) środkiem prawnym i dlatego zażalenie nieważności ma pierwszeństwo.

Że wznowienie daje asumpt do wniknięcia w stan faktyczny sprawy, jest rzeczą drugorzędną, skoro — wedle wspomnianego wyżej kryterjum — i skarga kasacyjna ma wywołać «te same skutki prawne». Ale to właśnie określenie nasunąćby mogło w praktyce poważne wątpliwości. Zresztą zasadniczo, dla uniknięcia wszelkich niejasności i zawikłań w praktyce, należy usunąć z góry, choćby »cesarskiem cięciem« wszelki »zbieg« skargi kasacyjnej ze skargą o wznowienie. W przeciwnym razie miałoby się bowiem do czynienia: nietylko z przypadkami, w których jedna strona zaczepia wyrok skargą kasacyjną a druga wznowieniem, lecz i z przypadkami, w których jedna i tasama strona wnosi równocześnie przeciw temusamemu wyrokowi zarówno pierwszą, jak drugą skargę [1]. W tych to przypadkach powstaje osławiona kwestja, którą z nich wprzód załatwić, kwestja, którą można roztrzygnąć rozmaicie. Można dać pierwszeństwo wznowieniu postępowania z tej przyczyny, że gdy się go dozwoli, skarga kasacyjna będzie już zbyteczną - albo też pozostawić sądowi swobodne — stosowne do przypadku — rozstrzygnięcie in concreto, który z tych środków prawnych załatwić naprzód. Te rozwiązania chorują widocznie na rodzenie niepotrzebnych, wprost szkodliwych komplikacyj w tej materji. Kolizji, o której mowa łatwo przecież uniknąć w ustawie, postanawiając, że gdy wyrok zaczepiono (przez jedną lub obie strony procesowe) skargą kasacyjną — wznowienia postępowania żądać nie można, dopóki nie nastąpi bądź odrzucenie skargi kasacyjnej, bądź orzeczenie na nią in merito. (W razie przychylenia się do niej sprawa wraca do instancji, gdzie »noviter reperta« — bez potrzeby osobnej skargi — podnosić można). Środek na usunięcie rzeczonej kolizji jest zatem następujący. Skoro wyrok czy jedna czy obie strony zaczepiły skargą kasacyjną — niema wznowienia. Także i przeciw orzeczeniu kasacyjnemu należy je wykluczyć zasadniczo, jeżeli niem zwrócono sprawę do ponownego osądzenia. Większe wątpliwości powstają dopiero wobec wspomnianych już następujących wypadków: a) gdy Sąd Najwyższy odrzuci skargę kasacyjną, i b) gdy wśród warunków przewidzianych ustawą orzeknie in merito na skargę kasacyjną. Jeżeli się jednak wyjdzie z założenia, że wznowienie postępowania z przyczyn ustawowych dopuścić należy przeciw każdemu prawomocnemu wyrokowi, jeżeli się dalej pamięta o tem, że chodzi tu o zmianę niesłusznego wyroku z powodu p ó ź n i e j odkrytego czynu karygodnego, który był jego podstawą, albo z powodu p ó ź n i e j odnalezionego prawomocnego wyroku Sądu

[1]) Ibidem, str. 3975.

cywilnego, którym już tężsamą rostrzygnięto sprawę — to nie można wykluczyć wznowienia ani wówczas, gdy Sąd Najwyższy odrzuci skargę kasacyjną (przypadek a), ani wówczas, gdy orzekł in merito (przypadek b), w którym to (ostatnim) przypadku jedna z ustawowych przyczyn wznowienia ex re czynu karygodnego zajść może właśnie w odniesieniu do wyroku Sądu Najwyższego. Przyczyny wznowienia powstać mogą przecież zarówno w postępowaniu w I. i II. instancji, jak wówczas, gdy wyjątkowo orzeka in merito Sąd kasacyjny [1].

Wznowienie postępowania dopuszczalne jest w myśl art. 2 i 6 projektu tylko przeciw prawomocnemu wyrokowi, a względnie, o ile idzie o właściwe przyczyny restytucyjne, gdy postępowanie ukończono prawomocnym wyrokiem. Tam gdzie istnieje »zakaz nowości« w postępowaniu odwoławczem, tam ma rację przepis (jak §-u 530 austr. proc. cyw.), dozwalający żądania wznowienia postępowania, zamkniętego choćby nieprawomocnym wyrokiem [2]. U nas rozstrzygnięcie tej kwestji w przeciwnym kierunku nie budzi wątpliwości, skoro nova w apelacji będą dopuszczalne.

Ad 2). Na tym samym argumencie oparto też odrzucenie w projekcie takich (właściwych) przyczyn restytucyjnych jak »nowe fakty i dowody«. Skoro dopuszczalne są w apelacji, trudno tę dopuszczalność rozszerzać usque ad infinitum, zwielokrotniać ją niejako, dając tym sposobem asumpt i pobudkę do ciągłego »odnawiania« procesu. Argument, »że u nas jest jeszcze bardzo wielu nieporadnych, od których w postępowaniu krótko trwać mającem — zresztą bez ich woli — trudno wydobyć nawet należytą informację i którzy bardzo często dopiero po prawomocnym dla nich niekorzystnym wyroku dowiadują się o nowych faktach, jakieby zdolne były wywołać inne korzystniejsze dla nich orzeczenie« [3], nie jest trafnym, gdyż wznowienie postępowania niema być przecież premją za nieporadność, a tok dostępowania w I. i II. instancji nie jest wcale tak krótkim, aby nie można było zbadać jak najdokładniej faktycznego stanu sprawy i znaleść odpowiednie środki dowodowe.

Co się tyczy nieprzyjęcia w projekcie jako właściwej przyczyny restytucyjnej »uchylenia wyroku karnego, na którym oparty został wyrok zaskarżony« (§ 580_6 proc. niem. i § 530_5 proc. austr.) — to ocena tej kwestji zawisłą jest od rozstrzygnięcia innej, a mianowicie kwestji »wpływu« prawomocnego wyroku karnego na orzecznictwo sędziego cywilnego. Zagadnienie to wielce sporne w prawie pospoli-

---

[1]) Materjaly hanowerskie j. w. str. 3927.

[2]) Por. Mat. do austr. proc. cyw. str. 314.

[3]) Polska procedura cywilna (1918) j. w. str. 73.

tem i w toku obrad nad niem. procedurą cywilną [1]) znalazło też należyte wyświetlenie w debatach Komisji krakowskiej [2]), w których znaczna większość uczestników oświadczyła się za zapatrywaniem [3]), że nawet skazujący wyrok Sądu karnego nie stanowi wiążącej podstawy dla orzeczenia sędziego cywilnego, lecz ma mieć znaczenie — tak jak zresztą i uwalniający wyrok karny — jedynie dokumentu publicznego. Przy takiem ujęciu rzeczy »uchylenie wyroku karnego« nie jest oczywiście aktualnem jako przyczyna restytucyjna.

Ad 3) Patrz motywy do poszczególnych artykułów projektu pod C.

C. Ad art. 2—4 projektu.

Śladem austr. proc. cyw. (§ 529) przyjmuje projekt tylko dwie przyczyny wznowienia ex re nieważności. Przyczyny te burzą sam »fundament« wyrokowania (Mat. do austr. proc. cyw. I. str. 368), gdyż

---

[1]) Materjały hanowerskie j. w. str. 3935 i 3937—3938.

[2]) Polska Procedura Cywilna (1918), str. 35—44.

[3]) W szczególności wykazał tam Fierich. iż »wyrok sądu karnego zasądzadzający, ewentualnie uwalniający stanowić winien dowód — tak jak każdy inny dokument publiczny — na to, co w nim zarządzono lub poświadczono, w szczególność w przedmiocie wyroków karnych powinny one stanowić dowód na okoliczność zasądzenia przy oznaczeniu przestępstwa, ewentualnie na okoliczność uwolnienia od oskarżenia. Natomiast niema powodu natury zasadniczej, aby wyrok skazujący stanowił dowód na popełnienie i przypisywanie komuś czynu karygodnego i to w sposób sędziego cywilnego wiążący. Jak życie poucza (Mat. do proc. niem. str. 643—646 i Orzecz. Trybunału Rzeszy niem. T. 62, nr. 344) niejednokrotnie zdarzają się przypadki, iż nastąpi zasądzenie za czyn karny małej doniosłości (nieostrożność jazdy, przewozu i z tem złączony nieszczęśliwy przypadek), a czyn ten będzie bardzo doniosły pod względem skutków cywilno-prawnych; wówczas to niejednokrotnie może istnieć rozbieżność co do ocenienia winy w procesie cywilnym, a w procesie karnym. Gdyby w tych warunkach wzięto za wiążącą podstawę dla sędziego cywilnego wyrok skazujący Sądu karnego, pociągałoby to za sobą możliwą niesprawieliwość w orzecznictwie cywilnem. Wogóle, przepis o bezwzglednej mocy wiążącej wyroku zasądzajacego Sądu karnego, może być chyba tylko uważany za pozostałość dawniej obowiązującej ustawowej teorji dowodowej.—Z naciskiem zaznaczyć należy, że sędzia cywilny niewątpliwie weźmie pod poważną rozwagę doniosłość prawomocnego wyroku karnego, umiejąc docenić jego znaczenie, mimoto, że wyrokiem tym nie będzie bezwzględnie wiązany. Ta swoboda daje zapewnienie sprawiedliwego orzecnictwa we wszystkich przypadkach: tymczasem ograniczenie sędziego cywilnego pod tym względem i wiązanie go zasądzającem orzeczeniem sędziego karnego, zapewni tylko sprawiedliwe orzecznictwo w największej ilości przypadków, jednak nie we wszystkich przypadkach«.

Porównaj też ibidem (str. 39) wywód Gołąba, wykazujący »relatywność wymiaru sprawiedliwości«, związaną z przyjęciem mocy wiążącej wyroku karnego dla orzeczenia sędziego cywilnego.

jak z jednej strony sędzia wyłączony pozbawionym jest już z mocy ustawy prawa ferowania wyroku, tak też i brak zdolności procesowej strony powoduje jego »bezwzględną« nieważność. Co do przypadków, o które tu chodzi, odwołać się należy do I. tomu »Polskiej Procedury Cywilnej (1921), a w szczególności do referatów Allerhanda (str. 38—43) i Fiericha (str. 44 – 78), tudzież do przepisów materjalnego prawa cywilnego. Projekt, jak już zaznaczono, ograniczył się in puncto pierwszej z tych przyczyn do ustawowego wyłączenia sędziego, a nie do jego »usunięcia« uchwałą sądową [1]), wychodząc z założenia, że pomiędzy jednem a drugiem niema »równorzędności«, którąby zniewalała bezwzględnie do dopuszczenia wznowienia postępowania także w przypadkach usunięcia sędziego podejrzanego o stronniczość. Byłoby to zbyt szerokiem ujęciem wznowienia postępowania z przyczyny nieważności w tej grupie przypadków. Oprócz tego ogranicza ją projekt jeszcze dwoma postanowieniami: 1) jeżeli strona mogła dochodzić przyczyny wyłączenia już przed prawomocnością wyroku, a tego zaniedbała, wznowienie nie jest dopuszczalne (art. 2 a) zd. poboczne, a taksamo 2) gdy strona istotnie bezskutecznie przed prawomocnością wyroku przyczyny tej dochodziła (art. 3). Jak w pierwszym przypadku zaniedbanie strony, tak znów w drugim konieczność »stabilizacji« rozstrzygnięcia sądowego, stabilizacji, wykluczającej nawrót do tejsamej, już prawomocnie przesądzonej kwestji — stanowią dostateczne uzasadnienie zachowanej tu wstrzemięźliwości.

W grupie drugiej, dopuszczalność wznowienia z przyczyny nieważności ulega również dwojakiemu ograniczeniu: 1) w razie należytego zatwierdzenia kroków procesowych, przedsięwziętych przez stronę, która nie miała zdolności procesowej, bądź przez jej ustawowego zastępcę, bądź przez nią samą po uzyskaniu tej zdolności — 2) taksamo, jak w pierwszej grupie, w razie bezskutecznej próby dochodzenia tej przyczyny jeszcze przed prawomocnością wyroku. Ograniczenia te, uznane niemal powszechnie, nie wymagają dalszych objaśnień.

W uzasadnieniu ogólnem usprawiedliwiono już ograniczenie »zakresu zastosowania« skargi o wznowienie z przyczyn nieważności przez jej wykluczenie przeciw wyrokom Sądu Najwyższego, a nawet przeciw wyrokom II. instancji, które zaczepiono skargą kasacyjną.

Co się tyczy właściwości sądu, patrz niżej uwagi ad art. 5 i 8 (18, 19) projektu.

Ad art. 6, 9 i 10 (15_1) projektu.

W przypadkach wznowienia postępowania z przyczyny czynu karygodnego można zająć różne stanowisko. Można mianowicie do-

---

[1]) Inaczej proc. cyw. niem. (§ 579_3) i proc. cyw. węg. (§ 563_3).

puszczalność wznowienia uzależnić — przynajmniej w zasadzie — od uprzedniego ustalenia wyrokiem karnym tego czynu [1]. Przeciwko temu pozorowi jasności postępowania na skargę o wznowienie przemawiają bardzo poważne względy, w szczególności: a) środek ten staćby się mógł w znacznej ilości przypadków czysto iluzorycznym, tam mianowicie, gdzie nie można wdrożyć lub prowadzić dalej postępowania karnego np. z powodu śmierci winnego. Ale na to jest sposób, użyty już przez powołane ustawy pod postacią dodatku do odnośnych przepisów: »chyba, że wdrożenie lub przeprowadzenie postępowania karnego nie jest możliwem z innych przyczyn, niż brak dowodów». Ważniejszym jest tedy kontrargument b) iż, jak już wyżej podniesiono, wyrok karny niema wiązać bezwzględnie sędziego cywilnego, który mogłby przecież niezależnie od karno-sądowego postępowania dopuścić i przeprowadzić odpowiednie do postanowień procedury cywilnej dowody [2]) na fakty, przytoczono przez stronę, żądającą wznowienia. Ale i słuszność tego argumentu znachodzi pewne granice, zwłaszcza, gdy się pod uwagę weźmie postanowienie art. 9. projektu, iż sędzia cywilny ma właśnie w dotyczącym przypadku spowodować wdrożenie postępowania karnego, a rozprawę na skargę o wznowienie wyznaczyć dopiero wtedy, gdy postępowanie karne prawomocnie ukończono. Należy bowiem wyjść z założenia, że zbadanie i ustalenie istoty czynu karygodnego, będącego podstawą wznowienia, z istoty rzeczy w największej ilości przypadków łacniej się uda sędziemu karnemu, władającemu odpowiednim celowi aparatem środków i działającemu w swem własnem »milieu«. Na tem jednak nie koniec, gdyż c) trzeba jeszcze pamiętać, że wdrożenie, przeprowadzenie i ostateczny wynik postępowania karnego zależy niejednokrotnie od różnych okoliczności, które już absolutnie nie mogą być miarodajnemi dla sędziego cywilnego, gdy np. prokuratura z pewnych przyczyn oportunistycznej natury odmówi w ogóle wdrożenia dochodzeń karnych itp. Rozwiązanie daje tu ustęp drugi art. 10., który zgodnie z tem, co podano w uzasadnieniu ogólnem, postanawia, że Sąd procesowy oceni stosownie do przepisów zawartych w tytule o dowodach w s z y s t k i e wyniki postępowania karnego lub zarządzonyh dochodzeń.

Projekt zatem o d m i e n n i e od innych ustaw procesowych n i e u z a l e ż n i a dopuszczalności wznowienia od skazania za czyn karygodny, będący jego podstawą (przyczyną), jednak mimoto n i e l e k c e w a ż y

---

[1]) Patrz np. § 581 niem. proc. cyw. (Mat. hanowerskie str. 3930 n.), § 564 ust. 3. węg. proc. cyw. i art. 368 ₃ proc. cyw. berneńskiej.

[2]) Patrz w Polskiej Procedurze Cywilnej« (1921) referat Litauera, str. 259 n. »Projekt tytułu o dowodach« z motywami.

zgoła wyniku postępowania karnego, żądając, aby sędzia cywilny, zanim wyznaczy audjencję do ustnej rozprawy, miał ten wynik w pamięci, aby działał dopiero po ukończeniu postępowania karnego, oceniając odpowiednio rezultaty, do których doszły władze sprawiedliwości karnej.

Co się tyczy poszczególnych przypadków wznowienia ex re czynu karygodnego, można de lege ferenda znów postąpić dwojako. Albo, nie wymieniając ich, uznać w ustawie ogólnie czyn karygodny za (właściwą) przyczynę restytucyjną [1]) — albo też przeciwnie, wymienić, o ile to jest możliwem, dokładnie poszczególne przyczyny restytucyjne [2]). Projekt (art. 6), oddzieliwszy technicznie »czyn karygodny« od »znalezienia wyroku« przez stronę [3]), przyjął drugi punkt wyjścia, aby usunąć wszelkie możliwe niejasności w tym względzie. Stylizacja jest wypróbowaną jako dość szeroka, aby z jednej strony nie obawiać się pominięcia czegoś istotnego (por. art. 6 c), z drugiej zaś strony nie tak — bez potrzeby — szeroka, aby każdy czyn »karygodny« uznawać za przyczynę wznowienia.

Obok czynu karygodnego właściwą przyczyną restytucyjną jest jeszcze wedle projektu znalezienie przez stronę wyroku, którym rozstrzygnięto już prawomocnie tensam stosunek prawny między temisamemi stronami. Wyrok taki n i e musiał zapaść w tymsamym sporze (Mat. hanowerskie str. 3938 n.), względnie w tejsamej »sprawie« (§§ 580 L. 7 a niem. i 563 L. 10 węg. proc. cyw.), lecz dotyczyć musiał tegosamego stosunku prawnego. Ponieważ pojęcie »stosunku prawnego« jest szerszem od pojęcia »roszczenia«, przeto nie zachodzi potrzeba utrzymania stylizacji proc. austr. (§ 630_6). Obok tego warunku jest tu jeszcze drugi: wznowienie dopuszczalnem jest wtedy tylko, gdy strona nie mogła tego świeżo odnalezionego wyroku przedłożyć już »pierwej« t. j. w »poprzedniem postępowaniu«, w tych oczywiście jego stadjach, w których to przedłożenie było dopuszczalnem ustawowo.

Okoliczność ta ma być na żądanie sądu uwiarygodniona przez stronę (art. 15, proj.) [4]).

---

[1]) T. j. powiedzieś, że właściwą przyczyną restytucyjną jest, »gdy strona upadła w procesie z powodu karnie zabronionej czynności jej przeciwnika lub innych osób« (proc. węg. § 563_8), względnie, »gdy ustalono, że karygodne działanie wpłynęło na rozstrzygnięcie na niekorzyść wnioskodawcy« (proc. berneńska art. 368_3). Procedura węg. wymienia zresztą osobno »nadużycie obowiązków urzędowych przez sędziego« (§ 563_7).

[2]) Proc. niem. § 580 i proc. austr. § 530.

[3]) Patrz zaraz niżej. Por. nagłówek i drugi ustęp art. 6.

[4]) Przepis ten dotyczy w s z y s t k i c h przypadków wznowienia z wyjątkiem przewidzianym w art. 11 ustęp 1, t. j. gdy przyczynę wznowienia wykazano dołączonemi do pozwu dokumentami.

Ad art. 13, (7, 15) projektu.

Czasokres do wniesienia skargi o wznowienie ustalono w projekcie, w zasadzie zgodnie z innemi ustawami procesowemi, (Por. Mat. do austr. proc. cyw. I., str. 371). »Konieczność» tego czasokresu uzasadnia się względem na konieczność utrzymania — w granicach możliwości — zapadłego już prawomocnie wyroku. Nowem jest oznaczenie początku czasokresu w przypadkach, w których przyczyną wznowienia było popełnienie czynu karygodnego, a wniesiona skarga kasacyjna stała na przeszkodzie wytoczeniu skargi o wznowienie (art. 7_1 i 13 c). Zajęte przez projekt zasadnicze stanowisko [1]) odbić się musiało i w dziedzinie czasokresu; dopiero bowiem doręczenie stronie uchwały, odrzucającej skargę kasacyjną, lub wyroku Sądu Najwyższego orzekającego w rzeczy samej, dało jej możność wniesienia skargi o wznowienie (art. 7_1 proj.) [2]). Tosamo dotyczyć też może przypadku znalezienia przez stronę wyroku, rozstrzygającego prawomocnie tensam stosunek prawny między temisamemi stronami (art. 13 d). Powtarzać tu jednak analogiczny przepis byłoby i zbytecznem i niebezpiecznem. Zbytecznem, jeżeli w wymienionym przypadku strona przed rzeczonem załatwieniem skargi kasacyjnej nie mogła istotnie przedłożyć Sądowi nowo odnalezionego wyroku. Niebezpiecznem zaś wówczas, gdy strona mogła to uczynić, unikając ewentualnie wznowienia postępowania (por. art. 6 e).

Wydawaćby się mogło niekonsekwencją, że projekt, zająwszy wprzód do pewnego stopnia stanowisko »odporne« wobec wpływu postępowania i wyroku karnego na orzecznictwo sędziego cywilnego — uzależnia mimoto czasokres konieczny do wniesienia skargi o wznowienie od prawomocności wyroku karnego, albo uchwały, którą zaniechano postępowanie karne (art. 13 c). Niekonsekwencji niema, gdy się zważy, że projekt, jak to podniesiono wyżej, liczy się i to bardzo z kwestją postępowania karnego i z jego wynikiem (art. 9, 10). Ponadto: częstokroć (ostrożna) strona sama wyczeka tego wyniku, zanim wytoczy skargę o wznowienie, a to właśnie »wyczekanie« umożliwia jej jedynie wspomniane określenie początku czasokresu.

Ad art. 5 i 8 (18, 19) projektu.

Należało uczynić różnicę co do właściwości Sądu między przypadkami wznowienia z przyczyn nieważności, a przypadkami wznowienia z właściwych przyczyn restytucyjnych. W przypadku pierw-

---

[1]) Por. wyżej motywy ogólne pod B.

[2]) Oczywiście, jak mówi art. 13 c) czasokres liczy się najwcześniej od tej chwili, t. zn., gdy prawomocność wyroku karnego albo uchwały, którą zaniechano postępowanie karne, nastąpiła później — początek czasokresu liczyć się będzie od dnia prawomocności tegoż wyroku lub uchwały.

szym chodzi, jak wiadomo, o uchylenie nieważnego wyroku [1], nie można zatem wnosić skargi o wznowienie do Sądu pierwszej instancji, jeżeli wyrok, o którego uchylenie idzie, zapadł w instancji II.: ztąd przepis, że właściwym jest ten Sąd, w którym zapadł zaczepiony wyrok. Drugie zdanie art. 5. nie wymaga uzasadnienia.

Co się tyczy natomiast drugiego wypadku t. j. wznowienia z właściwych przyczyn restytucyjnych, rzecz ma się nieco inaczej. Tu chodzi o zmianę zaczepionego wyroku w następstwie nowych faktów, w następstwie zmienionej sytuacji. Sprawa »wraca« więc do tego sądu, który ją prowadził w I. instancji, uchyliwszy dotychczasowy, obecnie zaczepiony »stan faktyczny«. Tylko, gdy chodzi (wyłącznie) o zmianę wyroku Sądu II instancji, lub Sądu kasacyjnego (art. 7), właściwym będzie dla skargi o wznowienie — już nie Sąd procesowy I. instancji — lecz Sąd apelacyjny lub kasacyjny [2]. Sąd apecyjny zastosuje wówczas z reguły in puncto rozprawy etc. przepisy właściwe dla niego jako odwoławczego (art. 18), Sąd kasacyjny zaś orzeknie tylko o dopuszczalności wznowienia, odsyłając zresztą spór do rozprawy w Sądzie I. lub II. instancji (art. 19). W ten sposób zapobieżono w projekcie wszelkim wątpliwościom co do postępowania w tych Sądach na skargę o wznowienie. Art. 19 mówi negatywnie o przypadku, »gdy do rozstrzygania o wznowieniu nie jest właściwym Sąd I. instancji«, dając możność i Sądowi apelacyjnemu (obok kasacyjnego odesłania sprawy do I. instancji, jeżeli przeprowadzenie rozprawy przed Sądem apelacyjnym (art. 18) napotyka na trudności.

Inne przepisy projektu, podyktowane koniecznemi względami na możliwie wyczerpujące określenie unormowanej tu insytucji, tudzież na jasność i szybkość postępowania — nie wymagają szczegółowego uzasadnienia.

---

[1]) Por. wyżej motywy ogólne pod B. b).

[2]) Jestto konsekwencją i zasady, że Sąd »niższy« nie może zmieniać rozstrzygnięcia Sądu wyższego i postanowienia, dopuszczającego Sąd kasacyjny, choć wyjątkowo, do rozstrzygania in merito. Stylizacja art. 8. zd. poboczne mówi ostrożnie o »innym Sądzie«, da się więc utrzymać także wówczas, gdy Sądowi kasacyjnemu nie przyzna się w żadnym przypadku prawa rozstrzygania in merito.

Prof. Dr. M. Allerhand.

Nadzwyczajne procesy cywilne.

Wstęp.

Postępowanie sądowe było zrazu jednolite bez względu na rodzaj sprawy i na to, jakimi środkami dowodowymi powód rozporządza. Wskutek tego dochodziło w wielu przypadkach wprost do niemożności dochodzenia roszczenia, bo wobec formalności osiągano wyrok w czasie, kiedy dla powoda żadnej więcej nie przedstawiał wartości. To było motywem, dlaczego odnośnie do niektórych spraw wprowadzono odrębne postępowanie sądowe i ułatwiono w ten sposób uzyskanie prawomocnego orzeczenia a tem samem prowadzenie egzekucji. Uproszczenie postępowania polegało albo na tem, że pomijano pewne formalności albo też na tem, że nie badano całego materjału faktycznego i dowodowego, lecz ograniczano się do pewnych tylko istototnych punktów (Bayer, Theorie der summarischen Processe 1830, str. 12 i nast.). Uproszczenie formy postępowania było rozmaite, albo polegało na zmianie porządku czynności procesowych albo też na ich ściągnięciu albo wreszcie na opuszczeniu pewnych aktów lub też niektórych zbędnych formalności. Tak n. p. w niektórych sprawach wydawano na skutek pozwu zaraz orzeczenie, wychodząc ze założenia, że pozwany nie będzie się bronił, badania zaś sprawy dokonywano tylko wtedy, gdy pozwany podnosił zarzuty, a działo się to głównie tam, gdzie roszczenie mogło być natychmiast wykazane (por. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Processe 1859, str. 169 i nast.), gdzie więc nie potrzeba dopiero dokładnego badania, aby wierzycielowi umożliwić prowadzenie egzekucji; w innych nie odróżniano ściśle stadjum instrukcji od postępowania dowodowego, w innych wykluczano środki prawne i t. d.

O wiele donioślejsza różnica między postępowaniem zwyczajnem a odrębnem zachodziła tam, gdzie badanie faktów było ograniczone albo też ograniczenie dotyczyło tylko środków dowodowych tak, że jedynie pewne środki dowodowe jak n. p. dokumenty mogły być użyte dla stwierdzenia bądź to faktów dotyczących powstania roszczenia, bądź też zarzutów pozwanego; czasem dopuszczano przytoczenia wszelkich faktów, ale zadawalniano się tylko ich uprawdopodobnieniem i uważano prowadzenie ścisłego dowodu jako zbędne (Wetzell, System des ord. bürg. Zivilprocesses 3 wyd. 1878, str. 329).

Wszystkie odmiany odrębnego postępowania (nader ścisłe zestawienie podaje Menger, System des oesterr. Zivilprocessrechts t. I. 1876, str. 29 i nast.) dążyły do tego, aby przyspieszyć zaspokojenie roszczenia. Ponieważ jednak strona byłaby narażoną na szkodę w razie, gdyby pewne fakta nie mogły być badane, przeto dopuszczono obok postępowania sumarycznego i dodatkowe postępowanie zwyczajne, w którem badano fakta i dowody pominięte w poprzedniem postępowaniu, dochodziło więc do podwójnego badania tej samej sprawy, raz powierzchownego a drugi raz bardzo dokładnego.

Postępowanie nowoczesne jako oparte na zasadzie ustności i bezpośredniości daje gwarancję rychłego załatwienia sprawy i dlatego czyni pod wieloma względami zbędnem odrębne postępowania. Mimo to pewne odmiany są wskazane a w szczególności wtedy, gdy roszczenie powoda natychmiast może być wykazane; w tym przypadku odpowiedniem jest umożliwienie wczesnej egzekucji, to też uproszczenie powinno być wprowadzone. Także i wtedy powinno istnieć odrębne postępowanie, gdy istota sprawy wymaga rychłego załatwienia a to zachodzi przy naruszeniu posiadania i żądaniu oddania przedmiotu wynajmującemu lub wydzierżawiającemu, wreszcie wskazanem jest uproszczenie, gdy chodzi o przedmiot drobnej wagi, bo w tym przypadku opuścić można wiele formalności i ograniczyć środki prawne. Nie możemy jednak oświadczyć się za wprowadzeniem uproszczonej kognicji; stan sprawy bowiem zawsze należy badać wszechstronnie i wszelkie środki dowodowe powinny być dopuszczone a tylko w całkiem wyjątkowych przypadkach można wykluczyć pewne środki obronne, aby zabezpieczyć powodowi należytą obronę; rozumie się, że w tym przypadku późniejsze przytoczenie zarzutów w drodze osobnej powinno być dopuszczalne. W ten sposób istnieć powinny pewne odmiany postępowania, ale treść procesowa w zasadzie powinna być taką samą jak w procesie zwyczajnym.

Jeszcze bardziej, niż odnośnie do spraw majątkowych wskazane jest odrębne postępowanie w sprawach familijnych a więc małżeńskich oraz między rodzicami i dziećmi. Sprawy tego rodzaju nadają się do

załatwienia w pierwszem rzędzie w postępowaniu niespornem, a jeżeli forma procesowa ma być dla nich obraną, to w każdym razie inne zasady powinny co do nich obowiązywać, to bowiem, co jest odpowiednie dla spraw majątkowych może być całkiem niewłaściwe dla spraw niemajątkowych. Z naciskiem jednak zaznaczyć należy, że wiele spraw niemajątkowych przekazać należy postępowaniu niespornemu i dlatego niektóre sprawy jak o uznanie za zmarłego, o odjęcie własnowolności, o przedłużenie władzy ojcowskiej, sprawy opiekuńcze i t. p., o których traktują niektóre ustawy procesowe, odesłać należy do postępowania nieprocesowego.

W następstwie omawiamy tylko odrębne postępowania procesowe i nie uwzględniamy spraw, które winny być załatwione w postępowaniu niespornem n. p. umorzenie dokumentów, dział spadkowy lub między spólnikami albo też, które przekazać wypada postępowaniu egzekucyjjcyjnemu n. p. postępowanie aresztowe, które niektórzy uważają za skrócone postępowanie procesowe, nie omawiamy także postępowania konkursowego, które obecnie niewątpliwie jest postępowaniem osobnego rodzaju i bezwarunkowo za postępowanie procesowe nie może być uważane.

1) Postępowanie mandatowe.

A. Postępowanie nakazowe.

a) Ogólne uwagi.

Niektóre ustawy dopuszczają prowadzenia na podstawie dokumentów wprost egzekucji, jeżeli tylko dokument w sposób niewątpliwy wykazuje istnienie pretensji a więc, gdy jest publicznym albo też uwierzytelnionym; to stanowisko zajmuje między innemi procedura rosyjska w art. 161/1. Inne ustawodawstwa, jak niemieckie i austrjackie nie idą tak daleko i przyznają dokumentom notarjalnym wykonalność tylko wtedy, gdy dłużnik wyraźnie poddał się natychmiastowej egzekucji, w każdym innym zaś przypadku wymagają uprzedniego zbadania sprawy i wydania orzeczenia. Ze względu jednak na to, że dokument stwierdza istnienie pretensji i to czasem w sposób niewątpliwy, wprowadza tak prawo niemieckie jak i austrjackie osobne postępowanie na podstawie dokumentów, różnią się jednak między sobą już w zasadniczych punktach.

Prawo niemieckie zna osobne postępowanie dokumentowe o ograniczonej kognicji; w tem postępowaniu fakta stanowcze, bądź przez

powoda, bądź przez pozwanego przytoczone, mogą być udowodnione tylko dokumentem albo przysięgą jednej ze stron, każdy inny środek dowodowy jest wykluczony. Następstwem tego stanu jest, że orzeczenie zapadłe w procesie dokumentowym jest tymczasowe i dlatego też w myśl § 597 sąd uznaje tylko niedopuszczalność postępowania, jeżeli wierzytelność powoda nie jest udowodniona a według § 598 zastrzega pozwanemu wywiedzenie swego prawa, jeżeli zostaje zasądzony, prowadzenie bowiem dowodów innych w osobnym procesie nie jest wykluczone.

System prawa niemieckiego odnoszący się do dokumentów wszelkiego rodzaju a więc i do weksli jest nieodpowiedni, bo umożliwia prowadzenie dwóch procesów o ten sam przedmiot, jeden spór, w którym okoliczności istotne nie są dokładnie zbadane i drugi, w którym odbywa się ścisłe badanie, korzyść dla powoda jest więc nieznaczną, dla pozwanego zaś zachodzi niebezpieczeństwo egzekucji na podstawie orzeczenia wydanego po niedokładnem stwierdzeniu długu.

O wiele odpowiedniejszą jest forma przyjęta w prawie austrjackiem i węgierskiem, według której sprawę bada się dokładnie a przytem wierzycielowi umożliwia się rychłe prowadzenie egzekucji. Forma ta polega na tem, że na podstawie dokumentu niewątpliwie stwierdzającego pretensję, dalej na podstawie weksla lub czeku, wydaje się bez przesłuchania pozwanego nakaz zapłaty i poleca mu uiszczenie długu; przez to zyskuje wierzyciel tytuł egzekucyjny, bo nakaz zapłaty pociąga za sobą wykonalność, jeżeli nie zostaje zaczepiony. Dłużnik nie jest jednak przez to narażony na szkodę, bo przeciw nakazowi zapłaty może wnieść zarzuty i wywołać postępowanie sądowe, a wierzycielowi przysługuje wprawdzie mimo wniesienia zarzutów prawo prowadzenia natychmiastowej egzekucji, ale tylko dla zabezpieczenia. De lege ferenda przyjąć zatem należy system ostatni, bo jest korzystny dla wierzyciela wykazującego w sposób niezbity swoje roszczenie a dla dłużnika nie powoduje niekorzyści, skoro obrona jest mu umożliwiona.

b) **Pretensje, które uzasadniają wdrożenie postępowania.**

Według § 548 p. c. austr. dopuszczalne jest wdrożenie postępowania mandatowego, jeżeli idzie o pretensję pieniężną albo o oddanie przedmiotów zamiennych; tę samą zasadę przyjmuje prawo niemieckie, wylicza jednak całkiem niepotrzebnie także papiery wartościowe i powiada, że i pretensje z hipoteki, długu rentowego uważać należy jako dostateczne. Zdaniem naszem tylko dla pretensji pieniężnych dopuścić należy postępowania mandatowego, nie zaś dla innych, bo tylko pre-

tensje pieniężne są proste i nadają się do uproszczonego postępowania, nie powinno zaś ulegać wątpliwości, że i dług, za który ktoś odpowiada w sposób ograniczony a więc n. p. hipoteką, może być dochodzony w postępowaniu nakazowem.

Dochodzenie pretensji w postępowaniu nakazowem powinno być dopuszczalne tak na rzecz prawonabywcy, jak i przeciw temu, kto dług objął, jeżeli tylko przejście prawa względnie obowiązku wykazane zostaje w sposób należyty.

Postępowanie nakazowe przyjąć należy także wtedy, gdy idzie o zapłatę lub zabezpieczenie sumy wekslowej albo czekowej i to przyjmuje też prawo austrjackie w § 555 i nast., oraz węgierskie, które w § 606 i nast. nie zna ogólnego postępowania nakazowego, lecz ogranicza je do weksli, czeków, przekazów i zobowiązań kupieckich; rozumie się, że nakazy zabezpieczenia odpadną, jeżeli regres mający na celu zabezpieczenie nie będzie przyjęty. Zaznaczyć przytem wypada, że osobne postępowanie wekslowe prowadzić należy tylko wtedy, gdy idzie o pretensję na wekslu opartą, a za taką nie można uważać pretensji o wydanie weksla, o jego przyjęcie, roszczenia przyjemcy przeciw wystawcy o zapłatę waluty (Grünhut, Wechselrecht t. II. 1897, str. 289; Stein, Der Urkunden- und Wechselprocess 1897, str. 58), natomiast należy tu proces o wzbogacenie na podstawie weksla zgasłego (Grünhut, t. II, str. 559 i nast.; por. Ott, Zur Lehre von den besonderen Verfahrensarten w Grünhuta Czasopiśmie t. XXX 1903, str. 295; wykluczyć też należy postępowanie odrębne, gdy idzie tylko o ustalenie (Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts 2 wyd. 1906, str. 572).

Zdaniem naszem nie należy dla pretensji opartych na przekazach lub zobowiązaniach kupieckich dopuszczać odrębnego postępowania, gdyż co do nich nie zachodzi potrzeba szybkiego załatwienia, a tylko ta uzasadnia wydanie nakazu zapłaty.

c) Dokumenty uzasadniające postępowanie nakazowe.

Według § 548 p. c. austr. postępowanie nakazowe może być wdrożone na podstawie dokumentów publicznych albo też legalizowanych przez krajowy sąd lub notarjusza, wreszcie na podstawie dokumentów, które służyły za podstawę wpisu hipotecznego, jeżeli wpis nie jest zaczepiony rekursem i nie istnieje adnotacja sporu; te ostatnie dokumenty dotyczą pretensji małej wagi i według ustawy nie wymagają uwierzytelnienia, gdy idzie o wpis hipoteczny.

Zdaniem naszem tylko w pierwszych dwóch przypadkach należy

dopuścić postępowania nakazowego a więc tylko wtedy, gdy w sposób niezbity istnienie pretensji jest wykazane, przypadek ostatni, zresztą mało praktyczny, należy zaś pominąć.

Dokumentu publicznego albo legalizowanego należy wymagać także wtedy, gdy idzie o wykazanie przejścia prawa lub obowiązku, nie podobna bowiem wydać nakaz na rzecz prawonabywcy lub przeciw temu, kto objął dług, jeżeli już w pozwie nie wykaże się w sposób niewątpliwy, że powód jest uprawniony względnie pozwany zobowiązany.

Nie tylko jednak pretensja winna być wykazaną za pomocą dokumentu posiadającego pewną kwalifikację, lecz i inna jeszcze okoliczność. Możliwem jest, że pretensja wykazana dokumentem uległa już przedawnieniu albo że zadawnione są odsetki od niej należne, wydanie w tym przypadku nakazu zapłaty byłoby niewłaściwem, bo przyjąć można, że pozwany podniesie zarzut zadawnienia. To też tak w § 548 p. c. austr. jak w § 608/3 węg. wymagane jest wykazanie przerwy lub wstrzymania przedawnienia w sposób taki, w jaki istnienie pretensji winno być wykazane.

Wykazanie pretensji wekslowej lub czekowej nie może się odbyć w sposób taki, w jaki inna pretensja ma być wykazaną, to też wymagać należy tylko, aby weksel i inne dokumenty jak n. p. rachunek zwrotny nie nasuwały podejrzenia, protest zaś powinien być wykazany za pomocą dokumentu publicznego, o ile ta forma protestu będzie uznaną jako niezbędna; o ileby w postępowaniu wekslowem powołano się na cesję, należy wymagać wykazania przelewu prawa za pomocą dokumentu publicznego lub legalizowanego.

Ze względu na to, że na ziemiach polskich obowiązują rozmaite prawa wekslowe i czekowe, powstaje pytanie, czy za weksel względnie czek uznać należy tylko dokument, który według prawa siedziby sądu za taki ma być uważany, czy też i papier wystawiony na innym obszarze prawnym i odpowiadający tylko prawu tamże obowiązującemu. Jakkolwiek zdaniem naszem tylko prawo obowiązujące w siedzibie sądu rozstrzygać może o tem, czy istnieje dokument nadający się do wdrożenia osobnego postępowania (dla prawa międzynarodowego inne stanowisko zajmuje Bettelheim, Das internationale Wechselrecht Österreichs 1904, str. 230 i nast. a mianowicie przykłada wagę do miejsca wystawienia weksla), to jednak ze względu na dążność do wprowadzenia jednolitego prawa nie należy kwestji tej wyraźnie normować, idzie bowiem o stan przejściowy, a ten należy pominąć.

d) Wniosek powoda.

Postępowania nakazowego nie należy wdrażać z urzędu, lecz tylko na wniosek powoda zawarty w pozwie; tego wymaga też § 555 austr., § 607 węg. i § 593/1 niem., od powoda jest więc zawisłe, jakie postępowanie ma być prowadzone, czy zwykłe, czy też nakazowe.

Cofnięcie wniosku o prowadzenie postępowania winno być dopuszczalne tak długo, dopóki nie wydano nakazu zapłaty, po tym zaś czasie uznać je należy jako niedopuszczalne, bo przez wydanie nakazu przeprowadzono już odrębne postępowanie, a tego nie można uchylić; prawo niemieckie zajmuje stanowisko inne i w § 596 p. c. dopuszcza cofnięcia wniosku w toku całego postępowania, to stanowisko jest jednak zrozumiałe, bo według prawa niemieckiego nie wydaje się nakazu zapłaty i tylko wdraża się postępowanie o uproszczonem badaniu, nic więc nie stoi na przeszkodzie temu, aby w miejsce odrębnego postępowania przeprowadzono zwykłe postępowanie sądowe.

Nie powinno ulegać wątpliwości, że jednym pozwem objąć można kilka pretensji opartych na kilku dokumentach i że co do każdej domagać się można wydania nakazu zapłaty, a sąd winien wniosek taki uwzględnić, o ile zachodzą wymogi ustawowe; niedopuszczalnem jest jednak żądanie, aby co do niektórych pretensji albo też co do części jednej zaskarżonej pretensji wydano nakaz zapłaty a co do reszty prowadzono odrębne postępowanie, bo w tym przypadku zachodziłoby podwójne postępowanie, zwykłe i uproszczone, to zaś należy uznać jako niedopuszczalne dlatego, iż nie podobna odnośnie do tejsamej pretensji rozmaicie postępować.

e) Załatwienie wniosku.

Jeżeli wniosek o wydanie nakazu zapłaty jest nieuzasadniony, należy mu odmówić i wdrożyć zwyczajne postępowanie sądowe, o ile tylko sprawa nadaje się do drogi sądowej i sąd jest właściwym; od takiej uchwały odmawiającej wydania nakazu zapłaty nie powinien być dopuszczalny środek prawny, gdyż wierzyciel nie traci wskutek tego swoich praw, że nie wdraża się ułatwionego postępowania, dopuszczenie zaś środka prawnego może sprawę odwlec (obecnie dopuszcza się środek prawny przeciw odmówieniu, to też Beck, Zehn Abhandlungen zum neuen Zivilprozessrecht 1898. str. 83 przyjmuje, że zarzuty wnieść należy do drugiej instancji w razie, gdy ta dozwala nakazu zapłaty).

Nakazu zapłaty należy też odmówić, gdy co do części pretensja

jest nieuzasadniona, nie uchodzi bowiem, aby rozmaite prowadzono postępowanie odnośnie do tej samej pretensji; tego nie można jednak przyjąć, gdy pozwem objęto kilka odrębnych pretensji, z których pewne nadają się do postępowania nakazowego, co do nich bowiem można wydać nakaz zapłaty, chociaż co do innych prowadzić się będzie zwykłe postępowanie.

W razie, gdy zachodzą wszelkie ustawowe wymogi, wydaje sąd nakaz zapłaty bez poprzedniego przesłuchania pozwanego i doręcza go pozwanemu wraz z pozwem. W nakazie zapłaty poleca się zapłacenie sumy dłużnej, a gdy idzie o zabezpieczenie sumy wekslowej lub czekowej, zabezpieczenie i to w przeciągu pewnego okresu, który dłuższym być ma w postępowaniu opartem na innych dokumentach a krótszym, gdy idzie o weksel lub czek; za wzorem § 555 austr. należy przyjąć okres 3-dniowy. W nakazie powinno być zawarte pouczenie, że pozwany może wnieść przeciw nakazowi zapłaty zarzuty.

O tem, czy nakaz zapłaty lub zabezpieczenia ma być wydany, orzeka według prawa austr. jeden sędzia, według § 608 węg. wydaje nakaz jeden sędzia, jeżeli jednak ma wątpliwości orzeka o tem w trybunale senat. Przepis prawa austr. jest odpowiedniejszy, wobec czego zespół orzekać będzie jedynie wtedy, gdy pozew ma być wogóle odrzucony jako nie nadający się do wdrożenia jakiegokolwiek postępowania sądowego.

W § 551 austr. mieści się postanowienie, że w razie, gdy nie dołączono odpowiedniej ilości odpisów pozwu albo załączników, należy wydać mandat tylko co do takiej ilości pozwanych, która odpowiada ilości przedłożonych egzemplarzy pozwu, przyczem rozstrzyga porządek, w jakim pozwani są wymienieni; przepis ten jest nieodpowiedni, bo powoda można wezwać do uzupełnienia pozwu albo też postąpić tak, jak to stanowi § 608 węg., a mianowicie, że odpisy sporządza się z urzędu.

Niektóre ustawy stanowią, że nakaz powinien być w napisie jako taki oznaczony, a jeżeli idzie o wekslowy lub czekowy nakaz zapłaty lub zabezpieczenia, to i to powinno być uwidocznione; to przyjmuje n. p. § 620 węg. W zasadzie jest to słuszne, ale pozbawione wszelkiego praktycznego znaczenia.

f) **Zarzuty pozwanego.**

Nakaz zapłaty należy doręczyć pozwanemu, a gdy doręcza się go razem z pozwem, przeto winien być doręczony tak, jak pozew; to podnoszą poszczególne ustawy, ale całkiem niepotrzebnie, gdyż samo przez

się jest zrozumiałe, iż pozew ma być do rąk własnych doręczony. § 610/2 węg. stanowi, że doręczenie edyktalne nie jest dopuszczalne i że nakaz, którego nie można doręczyć do rąk własnych pozwanego, traci moc poczem wdraża się zwyczajne postępowanie; jest to odpowiednie, bo kurator pozwanego zawsze wnosi zarzuty i dlatego okazuje się wydanie nakazu zbędne, zaczem jest wskazane, aby natychmiast wyznaczono termin do rozprawy.

Przeciw nakazowi zapłaty przysługują według prawa austr. i węg. pozwanemu zarzuty i to do dni 14 w ogólnem postępowaniu nakazowem, a do dni 3-ch w postępowaniu wekslowem, przyczem środek prawny rekursu przeciw nakazowi jest wykluczony, według § 552/1 austr. jednak możliwy co do kosztów; jest to odpowiednie w przypadkach, gdy pozwany nie wnosi zarzutów, jeżeli bowiem chodzi tylko o to, jakie koszta mają być zapłacone, to tylko wyższa instancja winna orzec o ich wysokości. Zarzuty powinny według starej praktyki sądów austr., nie odpowiadającej zresztą całkiem ustawie (por. Pollak, System des österr. Zivilprozessrechtes 1903, str. 633 i nast.) zawierać wszystkie te środki obronne, które pozwany przeciw pozwowi podnosi a ponadto fakta i dowody, te jednak mogą być i w toku dalszego postępowania przytoczone dla uzasadnienia zarzutów. Postanowienie to jest zbyt uciążliwe dla pozwanego i dlatego należy je zarzucić tak, że zarzuty powinny tylko zawierać oświadczenie, iż zaczepia się nakaz zapłaty, a ponadto powinny mieć charakter pisma przygotowawczego, co stanowią §§ 612/2 i 613 węg.

Jeżeli zarzuty mają być pismem przygotowawczem, to do nich stosować należy przepisy dotyczące tychże pism, jeżeli więc w odnośnej sprawie obowiązuje przymus adwokacki, winny być wniesione przez adwokata, a jeżeli przymusu nie ma, to strona sama może wnieść zarzuty; nie możemy więc zgodzić się z postanowieniem § 613/2 węg., według którego wniesienie zarzutów nie wymaga zastępstwa adwokata.

§ 606/1 węg. stanowi, że zaczepienie części pretensji powoduje całkowite uchylenie nakazu zapłaty, a § 616/3 węg. przyjmuje to samo w przypadku, gdy wydano nakaz zapłaty przeciw kilku osobom, które mają obowiązek zapłaty jako spadkobiercy lub spólnicy na podstawie tego samego oświadczenia; jeżeli zaś nakaz dotyczy kilku odrębnych pretensji, to zaczepianie jednej nie powoduje jeszcze uchylenia nakazu co do innej. Postanowienie to nie całkiem jest właściwe, bowiem zaczepienie części pretensji nie powinno dotykać części niezaczepionej.

g) Dalsze postępowanie.

Jeżeli zarzuty wniesiono za późno, należy je odrzucić, co wyraźnie podnosi § 615 węg.; przeciw odrzuceniu przysługiwać winien rekurs. Jeżeli wniesiono na czas zarzuty, wówczas wdrożone być winno zwykłe postępowanie, nie należy więc przyjąć systemu niemieckiego, według którego w postępowaniu dokumentowem tylko niektóre środki dowodowe są dopuszczalne. Nie można też ograniczyć badania do pewnych tylko kwestji n. p. do tego, czy dokument jest prawdziwy i czy pretensja należycie powstała a wywód obrony pozwanego pozostawić odrębnej drodze, w chwili bowiem, gdy pozwany nie uznaje pretensji, powinna być cała sprawa dokładnie badaną.

§ 594 niem. i § 617 węg. stanowią, że podniesienie zarzutów procesowej natury nie ma mocy wstrzymującej w postępowaniu dokumentowem względnie mandatowem; przepis ten jest zbędny, bo w nowszej ustawie niepodobna przyjąć przepisu, że podniesienie zarzutów procesowych ma moc wstrzymującą postępowanie w rzeczy samej.

Po przeprowadzeniu postępowania należy orzec, czy się utrzymuje nakaz zapłaty w mocy i w jakiej mierze względnie, czy się go uchyla, należy też orzec o kosztach postępowania. Kwestję, czy nakaz ma być utrzymany w mocy, gdy pretensja staje się płatną dopiero w toku postępowania (por. Trutter, Oesterr. Zivilprozessrecht 1897, str. 612 i nast.) należy rozstrzygnąć w ten sposób, że chwila wydania orzeczenia rozstrzyga o tem, czy pretensję przyznać należy, wobec czego obojętnem być winno, czy w czasie wydania nakazu pretensja zapadła.

Mówiąc o postępowaniu, należy unormować kwestję cofnięcia pozwu oraz zarzutów; nowela austr. z r. 1914 wprowadziła co do tego dokładne postanowienie i dopuszcza cofnięcia pozwu aż do czasu wniesienia zarzutów, zaś cofnięcie zarzutów aż do końca rozprawy. Zdaniem naszem są te przepisy odpowiednie, bo z chwilą gdy pozwany wnosi zarzuty wdaje się w spór i dlatego bez jego zgody, nie można cofać pozwu; cofnięcie zaś zarzutów powinno być każdej chwili dopuszczalne i to aż do końca rozprawy, której celem jest orzeczenie, czy nakaz zapłaty utrzymuje się w mocy, czy też uchyla. Nie można więc tak, jak w postępowaniu upominawczem przyjąć, że cofnięcie sprzeciwu nie jest dopuszczalne, gdy już termin wyznaczono, bo w tem ostatniem postępowaniu sprzeciw sam przez się uchyla polecenie zapłaty, przez jego cofnięcie więc nie można doprowadzić do odżycia polecenia zapłaty.

Co do mocy nakazu podnieść należy, iż przyznać mu należy, jeżeli nie jest zaczepiony zarzutami albo też jest utrzymany w mocy, te same skutki, co i wyrokowi sądowemu, a więc i materjalną prawomocność.

h) Wpływ na postępowanie egzekucyjne.

Nakaz zapłaty nadaje prawo do egzekucji po upływie kresu świadczenia, jeżeli jednak wniesiono zarzuty, należy wierzycielowi nadać moc prowadzenia egzekucji. Tego wymaga koniecznie postępowanie oparte na dokumencie nie nasuwającym wątpliwości, nie podobna bowiem dopuścić do przewleczenia postępowania egzekucyjnego przez wniesienie nieuzasadnionych zarzutów.

Egzekucja ma mieć na celu zabezpieczenie, nie można więc przyjąć, że i postępowanie realizacyjne ma być przeprowadzone; wystarcza uzyskanie pewności, że w razie utrzymania nakazu zapłaty w mocy zaspokojenie będzie osiągnięte.

i) Osobne postanowienia w postępowaniu wekslowem.

W postępowaniu wekslowem znane są krótsze kresy do wniesienia zarzutów i środków prawnych oraz do prośby o przywrócenie do pierwotnego stanu, według § 602 prawa niemieckiego wprowadzone są krótsze kresy do wdania się w spór. Jest to odpowiednie, gdyż postępowanie wekslowe powinno być rychło przeprowadzone, ale te kresy powinny obowiązywać także wtedy, gdy nie wydaje się nakazu zapłaty lub zabezpieczenia, lecz sędzia na podstawie weksla wdraża zwyczajne postępowanie sądowe.

Przyjąć też wypada postanowienie odpowiadające przepisowi § 556 p. c. austr., według którego ograniczone jest wznowienie postępowania i przywrócenie do pierwotnego stanu w postępowaniu wekslowem i czekowem, a mianowicie wtedy, gdy wierzyciel wskutek dopuszczenia wznowienia lub restytucji utracił pretensję swoją do innych osób z powodu, że czas upłynął, w którym dochodzenie winno nastąpić. Do tego zaś dojść może, bo uprawniony możliwie nie dochodził swoich roszczeń przeciw niektórym zobowiązanym, tylko ze względu na to, że uzyskał orzeczenie przeciw innym, od których wydobycie jest nader łatwe: otóż gdyby korzystne orzeczenie zostało w następstwie uchylone, doszłoby do tego, że uprawniony utraciłby całą swoją pretensję i dlatego wskazane jest ograniczenie znane prawu austr., przyczem zgodnie z tem prawem należy ograniczenie wznowienia lub restytucji odnieść tylko do tego, kto działa w dobrej wierze; aby uniknąć wszelkich spor-

nych kwestji, należy przepis dotyczący tak stylizować, by z niego wynikało, że obojętnem jest, czy dobra wiara odnosiła się do nabycia praw amaterjalnego (por. Demelius, Der neue Zivilprozess 1902, str. 714; Beck, str. 85, uw. 1), wystarcza działanie uczciwe w procesie.

Kwestji, czy w procesie nakazowym dopuszczalnym jest wniosek wpadkowy o ustalenie względnie pozew wpadkowy (por. Menestrina, La pregiudiciale nel processo civile 1904, str. 205 i nast.) zdaniem naszem nie potrzeba rozstrzygać, gdyż kwestja ta zawisłą jest od tego, czy takie samo postępowanie winno być prowadzone odnośnie do żądania prejudycjalnego, co odnośnie do sprawy głównej.

k) **Projekt ustawy.**

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy następujące postanowienia:

Art. 1. Jeżeli powód dochodzi dokładnie oznaczonej i płatnej już kwoty pieniężnej a do pozwu dołączy w oryginale stwierdzający jego pretensję dokument publiczny albo też prywatny, zaopatrzony podpisem wystawcy, uwierzytelnionym przed krajowym sądem lub notarjuszem, może się domagać, aby przeciw pozwanemu wydano nakaz zapłacenia do dni 14 od doręczenia dłużnej kwoty wraz z odsetkami i kosztami postępowania.

Wydanie nakazu zapłaty na rzecz tej osoby, która według dokumentu nie jest uprawnioną i przeciw temu, kto według tegoż nie jest obowiązany, może nastąpić tylko wtedy, gdy dokumentem publicznym lub uwierzytelnionym w sposób wyżej oznaczony przelew prawa lub obowiązku już w pozwie zostaje wykazany.

Art. 2. Powód może żądać wydania przeciw przyjemcy, zwrotnie zobowiązanemu lub innej osobie, która zaciągnęła zobowiązanie wekslowe, nakazu zapłaty sumy wekslowej, jeżeli do pozwu dołączy w oryginale weksel w prawnej formie wystawiony i nie nasuwający żadnego podejrzenia a zarazem przedłoży w oryginale lub wierzytelnym odpisie protest i rachunek zwrotny, o ile one są potrzebne do uzasadnienia roszczenia.

Z takiem samem żądaniem może powód wystąpić przeciw osobom zwrotnie zobowiązanym na podstawie czeku, jeżeli w oryginale dołączy do pozwu czek i inne dokumenty jego prawa wykazujące.

Na podstawie weksla i protestu względnie innych wiarygodnych potrzebnych do tego dokumentów może powód żądać w pozwie wydania nakazu zabezpieczenia sumy wekslowej.

Art. 3. Jeżeli dochodzi się pretensji, przeciw której zarzut prze-

dawnienia mógłby być podniesiony, należy w pozwie wykazać dokumentem publicznym lub prywatnym należycie uwierzytelnionym przerwę lub wstrzymanie przedawnienia.

Art. 4. Nakaz zapłaty lub zabezpieczenia nie może być wydany, jeżeli pozwany jest nieobecny i należy go wezwać za pomocą ogłoszenia publicznego lub doręczyć mu pozew do rąk kuratora.

Jeżeliby sąd wydał już nakaz zapłaty lub zabezpieczenia a okazało się, że doręczenie do rąk własnych jest wykluczone, należy wydany nakaz uchylić i wdrożyć zwyczajne postępowanie sądowe.

Art. 5. Jeżeli pozew nadaje się do wdrożenia postępowania sądowego, ale wydanie nakazu zapłaty lub zabezpieczenia nie jest dopuszczalne, wówczas sąd odmawia wnioskowi powoda i wdraża zwyczajne postępowanie sądowe. Od tego zarządzenia nie przysługuje żaden środek prawny.

Jeżeli natomiast zachodzą wymogi wydania nakazu zapłaty, doręcza sąd pozwanemu pozew i bez przesłuchania poleca mu, aby do dni 14 od doręczenia zapłacił kwotę dłużną wraz z odsetkami i kosztami postępowania. Jeżeli idzie o pretensję wekslową lub czekową, kres zapłaty względnie zabezpieczenia wynosi 3 dni od doręczenia nakazu.

Wydanie nakazu zapłaty względnie zabezpieczenia nie ma nastąpić, jeżeli choćby co do części pretensji zachodziły okoliczności wykluczające wdrożenie postępowania nakazowego, jeżeli jednak pozwem objęto kilka oddzielnych pretensji, wówczas dopuszczalne jest wydanie co do niektórych nakazu zapłaty lub zabezpieczenia.

Nakaz zapłaty lub zabezpieczenia nie ma być wydany, jeżeli dołączone dokumenty nasuwają wątpliwości co do swej prawdziwości.

Art. 6. Przeciw nakazowi zapłaty lub zabezpieczenia wolno pozwanemu wnieść zarzuty w przeciągu dni 14 a gdy idzie o pretensję wekslową lub czekową w przeciągu dni 3. W nakazie zapłaty lub zabezpieczenia, który winien zawierać napis wskazujący na to, że idzie o taki akt prawny, należy pouczyć pozwanego o dopuszczalności zarzutów i o kresie, w którym mogą być wniesione.

W zarzutach winien pozwany podnieść niewłaściwość sądu, jeżeli zamierza na nią się powołać, gdyż w razie przeciwnym uwzględnioną być ma niewłaściwość sądu tylko wtedy, jeżeli w drodze umowy stron nie może być usuniętą. Pozwany winien w zarzutach przytoczyć wszelkie fakta i środki dowodowe oraz środki obronne, na które na rozprawie zamierza się powołać; naruszenie tego obowiązku nie pociąga dla pozwanego niekorzystnych skutków w rzeczy samej, o ile jednak wskutek spóźnionego przytoczenia na rozprawie następuje przewleczenie postępowania, winien pozwany ponieść własne koszta i wynagrodzić powodowi koszta opóźnieniem spowodowane.

Spóźnione zarzuty winien sąd odrzucić, na zarzuty na czas wniesione wyznacza sąd termin do postępowania.

Art. 7. Na podstawie nakazu zapłaty może powód po wniesieniu zarzutów prowadzić egzekucję dla zabezpieczenia swego roszczenia.

Prawomocny nakaz zapłaty lub zabezpieczenia ma skutki prawomocnego wyroku.

Art. 8. Po przeprowadzeniu postępowania orzeka sąd, czy nakaz zapłaty względnie zabezpieczenia utrzymuje się w mocy w całości lub w części, czy też zostaje uchylony. Utrzymanie nakazu w mocy winno nastąpić, chociażby w chwili wydania nie był uzasadniony, jeżeli tylko w czasie, gdy ma zapaść orzeczenie na skutek zarzutów, zajdą okoliczności uzasadniające roszczenie powoda.

Powód może bez zgody pozwanego pozew cofnąć aż do czasu wniesienia przez pozwanego zarzutów. Zarzuty cofnąć może pozwany każdej chwili aż do zamknięcia ustnej rozprawy.

Strona cofająca pozew lub zarzuty winna stronie drugiej wynagrodzić koszta postępowania, o czem orzeka sąd na niejawnem posiedzeniu bez wyznaczenia rozprawy, jeżeli jednak cofnięcie zarzutów nastąpiło na rozprawie, winny strony oświadczyć się co do obowiązku ponoszenia kosztów postępowania.

Art. 9. W postępowaniu sądowem wdrożonem na podstawie weksla lub czeku należy wnieść środki prawne i prośbę o przywrócenie do pierwotnego stanu do dni 3, chociażby nawet nie wydano nakazu zapłaty lub zabezpieczenia.

W postępowaniu na podstawie weksla lub czeku wdrożonem nie jest dopuszczalne przywrócenie do stanu pierwotnego lub wznowienia na niekorzyść tej strony, która w procesie działa w dobrej wierze i w razie odmiennego orzeczenia byłaby narażoną na utratę swoich roszczeń wobec osób trzecich z powodu upływu czasu lub nie mogłaby ich dochodzić z powodu krótkości pozostałego czasu.

B. Postępowanie upominawcze.

a) Ogólne uwagi.

Postępowanie upominawcze wprowadzone przez nowsze ustawodawstwa było znane już w wiekach średnich, chociaż forma pod wielu względami była odmienną (por. Skedl, Das Mahnverfahren 1891, str. 14 i nast.). Istotą jego jest, że na podstawie twierdzeń uprawnionego bez badania ich prawdziwości i bez uprzedniego przesłuchania dłużnika wydaje się polecenie zapłaty; przeciw temu przysługuje dłużnikowi

sprzeciw, jeżeli go jednak nie wnosi, staje się polecenie zapłaty bezwarunkowo wykonalnem. Nie może ulegać wątpliwości, że ten rodzaj postępowania jest dla wierzyciela nader korzystny, bo nadaje mu możność łatwego i rychłego uzyskania tytułu egzekucyjnego, dla dłużnika zaś posiada korzyść o tyle, że odpada termin sądowy oraz wyrok i połączone z temi aktami koszta. Ponieważ jednak polecenie zapłaty wydaje się bez rozpatrywania twierdzeń powodu i bez przesłuchania dłużnika, przeto moc jego powinna być słabszą, niż innego aktu sądowego, który stanowi podstawę egzekucji; to też uchyla się je na podstawie zwykłego oświadczenia dłużnika nie zawierającego żadnego motywu, dalej dopuszcza się egzekucji tylko w przeciągu pewnego okresu. Także i pod względem przedmiotowym ograniczone jest postępowanie upominawcze do pewnych całkiem prostych i mniej ważnych spraw tak, że sprawy donioślejsze albo sporne zostają wyłączone z pod niego. W ten sposób zapobiega się niebezpieczeństwu, jakie połączone jest z tem, że na rzecz wierzyciela w krótkim czasie i bez należytej gwarancji stwarza się akt, który stać się może tytułem egzekucyjnym.

Postępowanie upominawcze różniło się od postępowania nakazojuż w prawie pospolitem, w którem wydawano nakaz zapłaty na podstawie dokumentów a więc po pewnem zbadaniu, czy roszczenie przysługuje wierzycielowi, co w postępowaniu upominawczem nie było potrzebnem; w następstwie obalenie nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu nakazowem było utrudnionem, bo zarzuty należało umotywować, a oprócz tego ograniczano je do pewnych tylko punktów.

Postępowanie upominawcze znane jest na ziemiach polskich w b. zaborze pruskim, w b. zaborze austrjackim, tu jednak dopiero od 1 sierpnia 1914 na podstawie noweli o ulżeniu sądom, która moc obowiązującą ustawy z roku 1873 traktującej o postępowaniu upominawczem rozszerzyła na Galicję; znane jest także na Spiżu i Orawie. Ta okoliczność przemawiałaby za utrzymaniem postępowania upominawczego i rozszerzeniem na całe państwo, zwłaszcza, że przyczynia się do odciążenia sądów, bo wątpić wypada, czy dłużnik wniesie sprzeciw, jeżeli nie może zaprzeczyć pretensji. Z drugiej strony jednak zachodzi ta wątpliwość, że dłużnik nie posiadając wiadomości o tem, iż sprzeciw ma być wniesiony pisemnie lub protokolarnie, zaniecha tego dokonać i dopuści do tytułu egzekucyjnego w przypadku, gdy pretensja nie jest uzasadniona; podnieść to wypada, bo w kraju naszym lud przyzwyczajony jest do terminu i przekonany, że bez tego nie może zapaść orzeczenie sądowe. Mimo tych wątpliwości oświadczamy się za wprowadzeniem postępowania upominawczego, w sprawach bowiem prostych i niewątpliwych oraz mniejszej wagi nie naraża się

strony na niepotrzebne koszta i przyczynia się do ulżenia sądom, które obecnie są przeciążone.

Powstaje jeszcze pytanie, czy o postępowaniu upominawczem należy traktować w procedurze cywilnej, czy w ustawie egzekucyjnej względnie w postępowaniu niespornem, charakter bowiem wymienionego postępowania jest wątpliwy. Niektórzy uważają je za postępowanie nieprocesowe z powodu, że polecenie zapłaty wydaje się bez badania sprawy i dlatego są zdania, że zachodzi postępowanie niesporne (Pollak, Die rechtliche Natur des Mahnverfahrens w Zeitschrift für deutschen Zivilprocess t. 19 str. 126 i nast.), inni zaś przyjmują, że polecenie zapłaty jest pierwszym aktem egzekucyjnym (Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagrechtes 1880 str. 71 i nast.). Za tem ostatniem przemawia historja postępowania upominawczego, oświadczamy się jednak za tem, aby procedura cywilna obejmowała także postępowanie upominawcze, bo zdaniem naszem wskutek sprzeciwu w każdym wypadku powinien być prowadzony proces na podstawie prośby o wydanie polecenia zapłaty, którą za pozew traktować należy (por. Wach, Handbuch des deutschen Zivilprocessrechts t. I. 1886 str. 43).

b) Sprawy, które mają być załatwiane w postępowaniu upominawczem.

aa) Pod względem przedmiotu.

§ 1 ust. aust., § 668 p. c. niem. i § 888 p. c. węg. przekazują postępowaniu upominawczemu sprawy o zapłatę pewnej kwoty pieniężnej lub o oddanie pewnej ilości rzeczy zamiennych. Dwie ostatnie ustawy wspominają także o papierach wartościowych. Zdaniem naszem należy poddać postępowaniu upominawczemu tylko sprawy o zapłatę pieniędzy, wszelkie inne zaś powinny być wyłączone, bo nie są proste; w ten sposób odpadnie potrzeba zastanawiania się nad tem, czy rzeczy nieocenne mogą być przedmiotem postępowania upominawczego dalej, czy dłużnikowi należy dać możność zwolnienia się od świadczenia w naturze przez zapłatę pewnej kwoty pieniężnej, którą wierzyciel oznaczy, czego dopuszcza ustawa austrjacka i węgierska.

Pretensja, której wierzyciel dochodzi w postępowaniu upominawczem, powinna być dokładnie oznaczoną, a więc cyfrowo, co jednak nie wyklucza żądania od pewnego czasu odsetek, należy też ściśle określić tytuł, na którym się roszczenie opiera.

Postępowanie upominawcze powinno być dopuszczalne tylko wtedy, gdy pretensja jest płynną; to przyjmuje § 5 austr., § 688/2 niem. i § 588 węg. i wykluczają je, jeżeli świadczenie zawisłe jest od świadczenia wzajemnego, a to nie jest jeszcze dopełnionem. Wskazanem jest też wykluczenie postępowania upominawczego, jeżeli pretensja według

twierdzeń wierzyciela jest sporną, co podnoszą niektóre dawniejsze ustawy i projekty ustąwodawcze np. § 1 ust. hanowerskiej z r. 1859.

Tytuł pretensji powinien być obojętny i chyba tylko pewnego rodzaju pretensje możnaby wyłączyć jak np. wekslowe, co podnosi ustawa austrjacka z powodu, że te pretensje mogą być dochodzone w postępowaniu nakazowem, zresztą zaś dopuszcza dochodzenia w postępowaniu upominawczem wszelkich pretensyj, a więc np. z tytułu pożyczki, najmu, stosunku familijnego i t. p. Zdaniem naszem wskazane jest jednak ograniczenie do roszczeń wyłącznie majątkowych, te zatem roszczenia, które mają źródło swoje w stosunku familijnym, powinny być wyłączone, jak pretensje o alimenta żony, dzieci lub rodziców: takie pretensje wymagają dokładnego badania i dlatego nie jest wskazane, by były dochodzone w postępowaniu upominawczem. Ponieważ wszystkie inne pretensje nadają się do załatwiania w postępowaniu upominawczem, nie jest wymogiem wdrożenia tego postępowania, aby były obligatoryjnemi, chociaż wątpić wypada, czy istnieją pretensje pieniężne, które nie mają charakteru obligacyjnego, tę naturę prawną bowiem przyznać należy także pretensjom przywiązanym do pewnego przedmiotu, jak np. do nieruchomości.

Niektóre ustawodawstwa np. procedura niemiecka w § 685, podnoszą, że pretensja nie musi być osobistą i że postępowanie upominawcze może być wdrożone także wtedy, gdy idzie o odpowiedzialność z hipoteki, długu realnego lub rentowego. Przepis ten zdaniem naszem nie jest odpowiedni, bo odpowiedzialność nieosobista, a więc ograniczona nie powinna uzasadniać uproszczonego postępowania, dochodzenie przeciw trzeciemu, który osobiście długu nie zaciągnął, wymaga badania, czy nastąpiło objęcie długu, chociażby tylko przez nabycie nieruchomości, a to już może nasuwać wątpliwości. Z tego wynika też, iż jeżeliby nawet odpowiedzialność nieosobista miała rozstrzygać, to jednak byłoby wskazanem ograniczyć postępowanie upominawcze do tego, kto sam zaciągnął zobowiązanie, a nie do jego nabywcy.

Co do stosunku postępowania upominawczego do nakazowego zaznaczyć należy, że wierzycielowi pozostawić należy, czy jedną, czy też drugą formę chce obrać, oświadczyć się więc wypada przeciw postanowieniu, że tam, gdzie uzyskać można nakaz zapłaty, niedopuszczalnem jest postępowanie upominawcze; przepis taki byłby niewłaściwym, bo wierzyciel możliwie ze względu na okazujące się trudności przy uzyskaniu nakazu zapłaty prosi o wdrożenie postępowania upominawczego.

bb) Pod względem wartości.

Ustawa niemiecka nie zawiera żadnego ograniczenia postępowania co do wartości przedmiotu, ustawa węgierska stanowi, że tylko sprawy

należące do właściwości sądów powiatowych mogą być dochodzone w postępowaniu upominawczem, ustawa austracka zawierała dawniej ograniczenie do kwoty 400 kor., nowelą z r. 1914 podmyższono granicę do kwoty 1000 kor., przyczem jednak w Galicji istniało ograniczenie do kwoty 600 kor., ale tylko czasowo do 1 lipca 1919, we wszystkich krajach, w których obowiązuje prawo austrjackie podwyższono następnie granicę wartości.

Zdaniem naszem ogrzniczenie do pewnej kwoty jest konieczne, nie można bowiem spraw większej wagi przekazywać postępowaniu upominawczemu i dlatego przepisać należy pewną granicę; ta granica powinna odpowiadać połowie granicy dla właściwości sądów powiatowych ustanowionej.

Podniesiono, że pewna oznaczona kwota doprowadzić może do tego, iż wierzyciel dzieląc kwotę wyższą uzyska polecenie zapłaty. Nie może ulegać kwestji, że jest to możliwe, ale przeciw temu nie może pomódz żaden przepis, jak tylko kara za wyłudzenie pewnego kroku sądowego; rozumie się, że sąd winien odmówić prośbie o wydanie polecenia zapłaty, jeżeli z wniosku okaże się, iż idzie o część większej pretensji, której nie można dochodzić w postępowaniu upominowawczem.

c) **Właściwość sądu.**

aa) Przedmiotowa.

Według § 2 austr., § 689 niem. i § 588 węg. właściwym jest do wydania polecenia zapłaty sąd powiatowy, według prawa austrjackiego może wdrożyć postępowanie upominawcze sąd kolegjalny w przypadkach wymienionych w art. 14 ust. zapr. proc., a więc w sprawach sędziów i przeciw sędziom, oraz w sprawach pełnomocników procesowych przeciw stronom o zapłatę wynagrodzenia lub zwrot wydatków.

Zdaniem naszem należy postępowanie upominawcze przekazać sądom powiatowym, a to ze względu na to, że ograniczono je do spraw mniejszej wagi, wydanie polecenia zapłaty przez trybunał należy więc wykluczyć.

bb) Miejscowa.

Ustawa austrjacka pierwotnie uznawała jako właściwy sąd, w obrębie którego dłużnik ma miejsce swego zamieszkania, ustawa niemiecka zawierała zrazu tosamo postanowienie, ale nowela z r. 1898 rozszerzyła właściwość na miejsce pobytu, a nowela z r. 1908 przyjęła, że postępowanie upominawcze wdrożyć może każdy sąd, który dla danej sprawy byłby właściwym, gdyby rzeczowa właściwość sądu powiatowego nie była ograniczoną. Tę samą zasadę przyjęła austrjacka nowela

z r. 1914, dla Galicji i Bukowiny oraz Dalmacji jednak zawiera odrębne postanowienie, że tylko sąd miejsca zamieszkania dłużnika jest powonym do wydania polecenia zapłaty (por. Schrutka, Die Ungestaltung des Mahnverfahrens w Grünhuta Czasopiśmie t. 38 z r. 1911, str. 3 i nast.). Zdaniem naszem należy ograniczyć właściwość miejscową sądu tak, aby dłużnik z łatwością mógł się bronić, a to można osiągnąć, jeżeli tylko sąd zamieszkania albo pobytu będzie właściwy, każdy inny sąd powinien więc być wykluczony; a właściwość sądu pobytu dopuścić należy jedynie w przypadku, gdy dłużnik zaciągnął zobowiązanie w miejscu, w którem nadal jeszcze przebywa, podczas poprzedniego pobytu zaciągnięte zobowiązania powinny być wyłączone.

d) **Miejsce doręczenia.**

Postępowanie upominawcze ma wprawdzie wierzycielowi ułatwić dochodzenie pretensji, ale dłużnika nie powinno narażać na szkodę, to też wykluczone jest, jeżeli nie można mu doręczyć polecenia zapłaty. Takie postanowienie zawiera § 3 ust. aust. i § 688 niem., wykluczone jest zatem wdrożenie postępowania upominawczego, jeżeli dłużnik jest nieznany lub doręczenie miałoby się odbyć w drodze wezwania edytalnego; w tych przypadkach jest dłużnikowi utrudnione wniesienie sprzeciwu; jeżeliby zaś ustanowiony być miał kurator, to niewątpliwie wniesione będą zarzuty i dlatego bezcelowem jest wydanie polecenia zapłaty, którego byt już z góry jest zachwiany.

Postępowanie upominawcze powinno być wykluczone także w innych przypadkach, w których dłużnikowi utrudnioną jest obrona. I tak stanowi § 3 austr., że nie można wydać polecenia zapłaty, jeżeli doręczenie ma się odbyć poza okręgiem trybunału, w obrębie którego ma siedzibę sąd powiatowy, który wydał polecenie zapłaty, ustawa niemiecka wyklucza wydanie polecenia zapłaty, jeżeli doręczenie ma nastąpić zagranicą, a § 583 węg. przyjmuje, że doręczenie powinno się odbyć albo w obrębie sądu albo w miejscu, w którem sąd ma siedzibę, co jest doniosłe, gdyż w miejscu siedziby sądu znajdować się może kilka sądów powiatowych.

Przytoczone ograniczenia są uzasadnione, a najodpowiedniejsze jest postanowienie procedury węgierskiej i dlatego należy je przyjąć. Załatwić przytem wypada kwestję sporną, co ma nastąpić, gdy się okaże, że doręczenie nie może się odbyć w tem miejscu, o którem wspomina ustawa (por. Touaillon, Aufhebung des Zahlungsbefehles im Mahnverfaren w Juristische Blätter z r. 1911 str. 289 i nast.); nie można przyjąć, że należy je zaniechać, a jeżeli doręczenie mimo to nastąpiło pozostawić dłużnikowi wniesienie sprzeciwu. Zdaniem naszem więc z urzędu uchylić należy polecenie zapłaty w chwili, gdy się okaże, że

doręczono je w miejscu nieodpowiadającem ustawie albo, że w tem miejscu doręczenie ma dopiero nastąpić.

e) **Wymogi wdrożenia postępowania upominawczego.**

aa) Wniosek.

Postępowanie upominawcze wdraża się według prawa austrjackiego, niemieckiego i węgierskiego tylko na wniosek uprawnionego, wniosek taki może być osobno postawiony, jednak możliwem jest także połączenie z pozwem wniosku, aby wydano polecenie zapłaty; prawo niemieckie wprowadziło w r. 1915 i 1916 celem uproszczenia postępowania zmianę o tyle, że na skargę wydaje się nawet bez wniosku powoda polecenie zapłaty w sprawach, które nadają się do postępowania upominawczego, a tylko wtedy nie czyni się tego, jeżeli wierzyciel w pozwie uprawdopodobnił, że dłużnik zaprzeczy pretensji.

Pytanie powstaje więc, czy należy przyjąć obowiązkowe wydanie polecenia zapłaty w sprawach, które są przekazane bądź to ze względu na przedmiot, bądź też ze względu na właściwość sądu postępowaniu upominawczemu. Zdaniem naszem byłoby to nieodpowiednie, gdyż bez zgody wierzyciela nie powinno być wdrożone postępowanie upominawcze, chociaż dla sądów stanowić to może ułatwienie; przyjąć bowiem można, że wierzyciel tylko tu nie będzie korzystał z uproszczonego postępowania, gdzie spodziewać się może zarzutów i dlatego tylko wniosek jego powinien rozstrzygać.

bb) Treść wniosku.

O treści wniosku traktują § 4 austr., § 690 niem. i § 590 węg. i wymagają oznaczenia stron, niemiecka i węgierska procedura także wymienienia sądu, ostatnia jednak tylko wtedy, gdy wniosek stawia się pisemnie, wszystkie ustawy żądają wymienienia sumy lub przedmiotu, którego się żąda oraz tytułu, wreszcie i wniosku, aby wydano polecenie zapłaty, a węgierska wymaga także, aby podano fakta, na których opiera się żądanie.

Wymogi, o których zgodnie wspominają wymienione ustawy, należy bezwarunkowo uznać jako odpowiednie, zachodzi tylko pytanie, czy we wniosku należy się ograniczyć do podania tytułu żądania, czy też wypada także podać fakta. Zdaniem naszem to ostatnie jest odpowiednie, gdyż podanie tytułu jest zbyt ogólnikowem i sądowi nie tylko nie daje możności ocenienia, czy sprawa nadaje się do postępowania upominawczego, lecz oprócz tego odbiera mu możność ocenienia, czy pretensja jest uzasadniona, a tylko w tym przypadku powinno być wydane polecenie zapłaty. Oświadczamy się więc za tem, aby stan sprawy

był już we wniosku określony, a to tembardziej, że zdaniem naszem, nie wniosek, lecz pozew powinien być wniesiony i ten ma być wymogiem wdrożenia postępowania upominawczego.

Wniosek może obejmować według § 4 austr. kilka pretensyj nawet, gdy między niemi nie zachodzi związek prawny lub faktyczny, dalej może być skierowany przeciw kilku osobom, ustawa węgierska wymaga oprócz tego, aby podano, czy żąda się zapłaty solidarnej, czy też pro parte rata i w jakim stosunku. Ponieważ zdaniem naszem wniosek powinien być umieszczony w pozwie, przeto wszelkie wymogi pozwu co do subjektywnego i objektywnego łączenia roszczeń powinny zachodzić osobny przepis jest zatem zbędny.

f) Załatwianie wniosku.

aa) Odrzucenie wniosku względnie odmówienie prośbie.

Wniosek należy odrzucić, jeżeli nie zachodzą wymogi procesowe, a więc np. sprawa nie nadaje się do dochodzenia w drodze sądowej, w razie jednak niewłaściwości sądu należy postąpić tak, jak w razie, gdy się przyjmie niewłaściwość do orzekania o roszczeniu pozwem dochodzonem, przekazanie sprawy sądowi właściwemu jest więc możliwe.

W poszczególnych ustawodawstwach podnosi się, że wniosek należy odrzucić, gdy pretensja na razie nie może być dochodzoną przed sądem, co oznacza czasowa niedopuszczalność drogi sądowej; może jednak też oznaczać, że pretensja niepłatna nie nadaje się do uproszczonego postępowania i ustawa węgierska oraz austrjacka podnoszą to wyraźnie; ustawa węgierska stanowi to samo także w przypadku, gdy pretensja jest nieuzasadniona, to samo jednak przyjąć należy i dla innych ustawodawstw, które wymagają tylko podania tytułu, a nie podania faktów, jak to czyni ustawa węgierska. Wszystkie te postanowienia są celowe i przyjąć je należy.

Ustawa niemiecka podnosi, że w całości odrzucić należy wniosek, gdyby choćby w części był nieuzasadniony, co zdaniem naszem idzie za daleko, słusznem jest jednak, aby nie wydawano polecenia zapłaty co do części, jeżeli co do reszty ma być prowadzone postępowanie. Zdaniem naszem więc należy wdrożyć zwyczajne postępomanie, jeżeli sąd nie wydaje pelecenia zapłaty bądź dlatego, że przedmiot sporu nie nadaje się do postępowania upominawczego, bądź też z powodu, że pretensja jest sporną, zaś odrzucić należy wniosek, gdyby pozew miał być odrzucony z powodu braku wymogów procesowych albo z powodu, że pretensja jest nieuzasadnioną.

Nowela niemiecka z r. 1909 stanowi, że przed odrzuceniem wniosku

należy przesłuchać wierzyciela; jest to odpowiednie, możliwie bowiem wierzyciel uzupełni braki lub cofnie wniosek; procedura węgierska nie dopuszcza zwrócenia dla uzupełnienia braków.

Uchwała odrzucająca wniosek lub odmawiająca mu powinna być doręczona, jeżeli jednak wniosek ustnie postawiono, należy zgodnie z przepisem § 591/4 węg. ustnie ogłosić odmowę, a uchwałę doręczyć tylko na żądanie.

bb) Uwzględnienie wniosku.

Jeżeli sąd jest zdania, że zachodzą wszelkie wymogi do wydania polecenia zapłaty, powinien je wydać bez przesłuchania dłużnika, co podnosi § 5 austr. ust. Polecenie powinno zawierać oznaczenie stron, tytułu pretensji i jej wysokości oraz polecenie, aby dłużnik uiścił dług w przeciągu pewnego czasu; prawo niemieckie ustanawia tydzień, prawo austrjackie dni 14, a prawo węgierskie dni 15, ustawa austrjacka i węgierska zawierają oprócz tego przepis, że przy kilku pretensjach należy każdą z osobna oznaczyć. W poleceniu zapłaty musi się mieścić wzmianka, że dłużnikowi wolno w przeciągu kresu płatności wnieść sprzeciw, ustawa niemiecka z r. 1909, a za nią austrjacka z r. 1914 stanowią, że w pouczeniu powinno być zaznaczone, iż sprzeciw musi być wniesiony, gdy dłużnikowi przysługują zarzuty, co ma zapobiec mniemaniu, iż wniesienie sprzeciwu jest konieczne: postanowienie to jest zdaniem naszem bezcelowe.

cc) Doręczenie polecenia zapłaty.

Polecenie zapłaty winno być doręczone dłużnikowi, a gdy kilku dłużników występuje, każdemu z osobna; doręczyć należy do rąk własnych, gdyż równocześnie otrzymuje dłużnik wniosek, a ten zastępuje skargę. W ten sposób odbywa się i obecnie doręczenie: § 7 austr. stanowił jednak, że doręczenie pocztą jest niedopuszczalne, co atoli art. 28 ust. zapr. proc. cyw. uchylił, obecnie więc doręczenie ma nastąpić tak, jak doręczenie pozwu, a to stanowi wyraźnie § 294 węg.

Tak, jak doręczenie w ogóle, tak i doręczenie dolecenia zapłaty powinno się odbyć z urzędu; jeżeli § 693 niem. podnosi to wyraźnie, to czyni to dlatego, bo według prawa niemieckiego doręczenie z reguły następuje na żądanie strony.

O doręczeniu dłużnikowi polecenia zapłaty ma być w myśl § 693/4 niem. zawiadomiony wierzyciel; przepis ten uważamy jako całkiem zbędny.

g) Środki przeciw poleceniu zapłaty.

aa) Sprzeciw.

Przeciw poleceniu zapłaty nie przysługuje obecnie dłużnikowi żaden dewolutywny środek prawny, lecz tylko sprzeciw i ten system zachować wypada; to dotyczy także orzeczenia co do kosztów, gdy wydają się za wysokie, i w tym więc wypadku dłużnik nie może wnieść rekursu. Sprzeciw należy wnieść także wtedy, gdy ze względów prawnych nieuzasadnione jest wydanie polecenia np. gdy pretensja jest niepłatną, niezaskarżalną lub nie nadaje się do dochodzenia w drodze sądowej.

Sprzeciw nie musi być umotywowany, wystarczyć też powinno jakiekolwiek oświadczenie dłużnika, które nie nasuwa wątpliwości, że chce zaczepić polecenie zapłaty, a więc i oświadczenie, że nie jest winien dłużnej kwoty, co podnosi § 545 węg.

Sprzeciw powinien być wniesiony pisemnie lub ustnie do protokułu; odpowiednie postanowienie wprowadza austrjacka nowela z r. 1914, zezwalając na protekularne wniesienie sprzeciwu w sądzie, w obrębie którego dłużnik przebywa: ten sąd przesyła protokuł do sądu tego, który wydał polecenie zapłaty.

Sprzeciw może dotyczyć albo całego polecenia zapłaty, albo też tylko części, a więc i jednej z kilku pretensyj objętych jednem poleceniem zapłaty.

Jakkolwiek sprzeciw nie powinien być uzasadniony, to jednak de lege ferenda jest wskazane, aby podano w nim fakta i dowody celem przygotowania rozprawy, bo to może ułatwić postępowanie; zaniechanie przytoczenia faktów powinno więc być doniosłe, gdy idzie o koszta postępowania (por. Prohaska, Der Entwurf eines Gerichtsentlastunggesetzes w Zeitschrift für Not. 1911 str. 50).

Co do czasu wniesienia sprzeciwu zaznaczyć należy, że według prawa niemieckiego i węgierskiego jest wprawdzie kres dokładnie oznaczony, ale i późniejsze wniesienie dopuszczalne, co motywuje się tem, że pozwanemu należy dać możność obrony nawet po upływie kresu do wniesienia sprzeciwu oznaczonego, skoro bez uprzedniego badania stanu rzeczy i bez przesłuchania dłużnika wydaje się polecenie zapłaty. Zdaniem naszem postanowienie to nie jest odpowiednie, bo dowolności dłużnika pozostawia się czas zaskarżenia orzeczenia sądowego.

bb) Rekurs przeciw odrzuceniu wniosku.

Według § 5 austr. dopuszczalny jest rekurs przeciw odmówieniu wnioskowi o wydanie polecenia zapłaty, przyjąć więc należy, że dopuszczalny jest rekurs wierzyciela co do kosztów, gdy żali się na to,

że je przyznano w kwocie niskiej. To przyjąć też należy w ustawie, ale tylko wtedy, gdy w ególe nie wdraża się postępowania, jeżeli zaś nie odrzuca się wniosku, lecz odmawia się tylko prośbie o wydanie polecenia zapłaty i wdraża się zwykłe postępowanie sądowe, powinien być rekurs niedopuszczalny; o tyle więc niewłaściwym jest przepis § 691 niem., który wyklucza w ogóle środek prawny przeciw uchwale odmawiającej prośbie o wydanie polecenia zapłaty.

h) Postępowanie po wniesieniu sprzeciwu.

aa) Odrzucenie sprzeciwu.

Jeżeli sprzeciw jest spóźniony, należy go odrzucić, o czem zawiadamia się według § 10 austr. wierzyciela, według prawa niem. jednak nie odrzuca się sprzeciwu nawet wtedy, gdy uzyskano już nakaz wykonawczy na podstawie polecenia zapłaty, bo i nakaz można jeszcze przez wniesienie zarzutów uchylić.

W ustawie przyjąć należy postanowienie, że sprzeciw spóźniony powinien być odrzucony, a dłużnikowi przyznać należy od tej uchwały rekurs; dopuszczalną powinna być także prośba o przywrócenie do pierwotnego stanu i to według zasad ogólnych procedury cywilnej. Skutki uwzględnionej prośby restytucyjnej powinny być takie, jak przy wniesieniu na czas sprzeciwu, osobne więc połączenie sprzeciwu z prośbą o przywrócenie do pierwotnego stanu jest niepotrzebne, skoro sprzeciw nie musi być formalnym.

bb) W innym przypadku.

Sprzeciw uchyla polecenie zapłaty i to według § 9 austr. i § 694 niem. w całości nawet, gdy tylko co do części pretensji został wniesiony, dalej gdy go wniósł jeden z kilku dłużników; jedynie wtedy, gdy co do kilku pretensyj wydano polecenie zapłaty, a sprzeciw wyraźnie odnosi się tylko do jednej pretensji, należy polecenie zapłaty utrzymać w mocy co do innych, co wyraźnie stanowi prawo austrjackie i węgierskie.

Postanowienie, że polecenie zapłaty uchyla się w całości, nie jest odpowiednie, to też należy uznać je o tyle tylko jako uchylone, o ile jest zaczepione; jeżeli sprzeciw nie powiada, przeciw czemu jest skierowany, należy przyjąć, iż zwraca się przeciw całemu poleceniu zapłaty.

Skutek zaczepienia polecenia zapłaty jest ten, że traci ono samo przez się swoją moc, co podnosi § 9 austr., § 696 niem. i § 599 węg. Z uchylenia mocy polecenia zapłaty wynikałoby, że dalsze postępowanie nie ma być prowadzone, tego jednak nie przyjmuje prawo niemieckie, lecz stanowi w § 696, że z chwilą wniesienia sprzeciwu uważa się

postępowanie jako zawisłe w sądzie powiatowym, termin jednak wyznacza się na wniosek strony, a więc wierzyciela lub dłużnika, sąd powiatowy ma też sprawę przekazać właściwemu sądowi ziemskiemu, jeżeli przez ten sąd winna być załatwioną; podobne stanowisko zajmuje procedura węgierska w § 593, ustawa zaś austrjacka wychodzi z całkiem innego założenia. Według ustawy wniosek o wydanie polecenia zapłaty nie jest pozwem, ale może być z pozwem połączony, jeżeli więc wniesiono sprzeciw przeciw poleceniu zapłaty, a sąd jest właściwym do przeprowadzenia procesu, to na skutek pozwu wyznacza się termin do rozprawy.

System austrjacki jest nieodpowiedni, bo czyni całe postępowanie upominawcze niepotrzebnem, jeżeli sprzeciw został wniesiony: ale i systemu niemieckiego nie możemy uznać za właściwy, bo dopuszcza postępowanie przed różnemi sądami najpierw upominawcze, potem procesowe, oświadczyć się więc należy za tem, aby wniosek był połączony z pozwem i osobno nie mógł być wniesiony. Jeżeli więc polecenie zapłaty zostaje uchylone, to sąd wdroży postępowanie i powinien to uczynić z urzędu nawet bez wniosku wierzyciela lub dłużnika.

W postępowaniu wdrożonem wskutek sprzeciwu może sąd orzec także, że zachodzą braki procesowe, a więc przyjąć np. niewłaściwość lub niedopuszczalność drogi prawa, jeżeli te braki zachodzą; zarzut niewłaściwości sądu powinien być podniesiony już w sprzeciwie chyba, że idzie o nieusuwalną niewłaściwość sądu.

cc) Cofnięcie sprzeciwu lub pozwu.

Z chwilą, gdy sprzeciw zostaje wniesiony, traci swoją moc polecenie zapłaty, wobec czego cofnięcie sprzeciwu należy uważać jako niedopuszczalne. Ze względów praktycznych nie można jednak stać na stanowisku czysto teoretycznem i dlatego dopuścić wypada cofnięcie sprzeciwu aż do chwili, kiedy sąd wyznacza ustną rozprawę.

Co do cofnięcia pozwu, to należy je uznać jako dopuszczalne przed doręczeniem pozwanemu polecenia zapłaty; od czasu zaś, gdy to już nastąpiło cofnięcie nie powinno być możliwem, bo istnieje tytuł egzekucyjny i można się zrzec jedynie praw na podstawie tego tytułu uzyskanych. Jeżeliby jednak dłużnik wniósł sprzeciw, a temsamem bezskutecznem byłoby polecenie zapłaty, należy sprawę traktować tak jak w zwyczajnem postępowaniu procesowem.

dd) Koszta postępowania.

O kosztach wniosku orzekać winien sąd przy wydaniu polecenia zapłaty, osobne żądanie jest zbędne, wystarcza policzenie kosztów we wniosku o wydanie polecenia zapłaty.

W razie wniesienia sprzeciwu i uchylenia polecenia zapłaty traci ono moc także co do kosztów, koszta wniosku stanowić powinny część kosztów postępowania; to przyjmuje prawo niemieckie w § 698, a węgierskie w § 605; przepis prawa austrjackiego, że koszta sprzeciwu winien wierzyciel wynagrodzić dłużnikowi, nie może być przyjęty, bo na skutek sprzeciwu uchyla się wprawdzie polecenie zapłaty, ale prowadzi dalsze postępowanie sądowe.

Osobny przepis na przypadek, gdy polecenie zapłaty dotyczy kilku pretensyj, a sprzeciw odnosi się tylko do niektórych, nie jest potrzebny, raczej należy w tym wypadku już przy wydaniu polecenia zapłaty koszta stosunkowo rozdzielić; w ten sposób załatwioną będzie kwestja, o której wspomina § 599 węg.

i) Skutki wniosku o wydanie polecenia zapłaty.

§ 693/2 niem. i § 594/3 węg. stanowią, że doręczenie polecenia zapłaty ma te same skutki prawne, co doręczenie pozwu, nowela niem. z r. 1909 podnosi, że już wniesienie prośby o wydanie polecenia zapłaty wystarczy dla zachowania kresu lub przerwy przedawnienia, o ile nastąpi doręczenie polecenia zapłaty. § 18 ust. austr. zajmował odmienne stanowisko, bo już do wniesienia prośby o wydanie polecenia zapłaty przywiązywał skutki zawisłości i przerwy przedawnienia, nowela z r. 1914 jednak kładzie nacisk na doręczenie, o ile idzie o skutki zawisłości.

Z naszego stanowiska odpadają powyższe kwestje, bo jeżeli wniosek musi być w skardze umieszczony, to wszelkie skutki, które do doręczenia pozwu są przywiązane, zachodzą z chwilą doręczenia polecenia zapłaty.

j) Moc egzekucyjna polecenia zapłaty.

Według § 15 ust. austr. polecenie zapłaty jest wykonalne, jeżeli w ustawowym kresie nie wniesiono sprzeciwu, według prawa niemieckiego i węgierskiego jest ono w tym przypadku wykonalne, ale dłużnik może jeszcze mimo to uzyskać uchylenie polecenia zapłaty. Prawo węgierskie stanowi w § 598 termin 15-dniowy od dnia zarządzenia egzekucji, według prawa niemieckiego dłużnik wnieść może sprzeciw aż do czasu, gdy wierzyciel uzyskał nakaz wykonawczy, po tym zaś czasie wnieść może zarzuty przeciw nakazowi wykonawczemu, który w myśl § 700 uważa się za wyrok zaoczny, same zarzuty więc nie wstrzymują egzekucji, lecz dopiero sądowe uchylenie nakazu wykonawczego.

System węgierski i niemiecki nie jest odpowiedni, gdyż daje dłużnikowi możność przez czas dłuższy bronić się przeciw poleceniu zapłaty, stwarza więc niepewność; ochrona dłużnika jest wprawdzie konieczną, ale odpowiednią nie jest dwukrotna dopuszczalność uchylenia polecenia zapłaty.

Wobec tego oświadczamy się za tem, aby tylko w przeciągu pewnego kresu ściśle oznaczonego uchylenie polecenia zapłaty było możliwe, a nie aż do czasu uzyskania przez wierzyciela nakazu wykonawczego.

Moc egzekucyjna polecenia zapłaty jest często i w innym kierunku ograniczoną. § 16 austr. stanowił, że po upływie 6 miesięcy traci polecenie zapłaty moc egzekucyjną, § 701 niem. powiada to samo, a § 597 węg. odbiera poleceniu zapłaty wszelką moc i wykonalność, jeżeli do 6 miesięcy od wydania nie doręczono go dłużnikowi, albo gdy do 3 lat od upływu kresu dopełnienia nie przedsięwzięto żadnego kroku egzekucyjnego przeciw dłużnikowi, przyczem w razie, gdy istnieje kilku dłużników, rozstrzyga czas, w którym najpierw upłynął termin dopełnienia. Zdaniem naszem czasowe ograniczenie mocy polecenia zapłaty jest nieuzasadnione i słusznie je nowela austrjacka z roku 1914 uchyliła.

k) Ułatwienia w postępowaniu.

Według § 17 austr. i § 602 węg. podać można wniosek o wydanie polecenia zapłaty i sprzeciw w jednym egzemplarzu. § 702 niem. stanowi, że podanie o wydanie polecenia zapłaty nie musi być doręczone dłużnikowi, tak ta ustawa jak i austrjacka instrukcja sądowa czynią spisanie protokułu zbędne, bo wprowadzają rejestr dla wniosków o wydanie polecenia zapłaty. Ułatwienia te są celowe, ale wobec tego, że pozew uważamy jako konieczny i tylko w nim postawienie wniosku jest dopuszczalne, musimy wymagać, aby wniosek był wniesiony w tylu egzemplarzach, co pozew, wobec czego wyłączne wpisywanie do rejestru nie jest możliwe.

§ 703 niem. stanowi, że do postawienia wniosku lub sprzeciwu nie jest potrzebne wykazanie się pełnomocnictwem, § 601 węg. zwalnia adwokata od obowiązku przedkładania pełnomocnictwa, przyczem do sprzeciwu uprawniony jest każdy własnowolny, gdy okaże polecenie zapłaty; § 17/4 austr. nie wymaga dołączenia pełnomocnictwa do sprzeciwu; ustawa austrjacka i węgierska stanowią, że w tym przypadku doręczenie następuje wprost do rąk własnych strony. I te ułatwienia są odpowiednie, skoro jednak wniosek ma być umieszczony w pozwie nie mogą być przyjęte.

l) Projekt ustawy.

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy następujące postanowienia:

Art. 1. Powód może w pozwie żądać, aby celem ściągnięcia dokładnie i cyfrowo oznaczonej wierzytelności pieniężnej wydano dłużnikowi polecenie zapłaty żądanej kwoty wraz z odsetkami od dnia dokładnie oznaczonego i kosztami postępowania.

Wniosek taki jest dopuszczalny, jeżeli pretensja pozwem dochodzona bez uwzględnienia odsetek nie przekracza połowy tej kwoty, która jest miarodajną dla przedmiotowej właściwości sądów powiatowych. Polecenie zapłaty nie może być wydane dla roszczeń pieniężnych, wypływających ze stosunku między małżonkami albo rodzicami i dziećmi, dla innych roszczeń zaś nie może być wydane ani na korzyść prawonabywcy pierwotnie uprawnionego, ani przeciw zobowiązanemu, który objął poprzód powstałe zobowiązanie.

Dla pretensyj niepłatnych albo dla pretensyj, których płatność jest zawisła od wzajemnego jeszcze niedopełnionego świadczenia, nie można wydać polecenia zapłaty.

Polecenie zapłaty nie ma być wydane także wtedy, jeżeli co do części dochodzonej pretensji lub przeciw jednemu z kilku pozwanych zachodzą okoliczności wykluczające wydanie polecenia zapłaty. Prośbie o wydanie polecenia zapłaty należy odmówić, gdy z przedstawienia powoda wynika, że pretensja pozwem dochodzona jest nieuzasadniona albo sporna.

Art. 2. Polecenie zapłaty może być wydane tylko przez ten sąd powiatowy dla danej sprawy właściwy, w obrębie którego pozwany ma swoje zamieszkanie, lub przez sąd, w obrębie którego znajduje się miejsce pobytu pozwanego, jeżeli pretensja w tem miejscu powstała.

Art. 3. Jeżeli sprawa nadaje się do załatwienia w drodze sądowej i zachodzi właściwość sądu, ale polecenie zapłaty nie może być wydane, odmówi sąd wnioskowi o wydanie polecenia zapłaty i wdroży zwyczajne postępowanie.

Uchwała sądu, którą odmawia się wydania polecenia zapłaty, ale wdraża postępowanie sądowe, nie ma być uzasadniona.

Od zarządzenia, którem odmawia się wydania polecenia zapłaty i wdraża zwyczajne postępowanie, nie przysługuje żaden środek prawny.

Przed wydaniem odmownej uchwały sąd może przesłuchać powoda.

Art. 4. Jeżeli zachodzą wymogi wydania polecenia zapłaty, doręcza sąd pozwanemu pozew i zarazem poleca mu bez uprzedniego przesłuchania, aby w przeciągu dni 14 od dnia doręczenia zapłacił kwotę żądaną wraz z odsetkami i oznaczonymi kosztami postępowania.

Jeżeli dochodzi się jednym pozwem kilku pretensyj, należy w poleceniu zapłaty z osobna wyszczególnić każdą pretensję i co do niej z osobna oznaczyć koszta, przyczem rozdział kosztów ma nastąpić w stosunku do wysokości poszczególnych pretensyj.

Art. 5. Polecenie zapłaty nie może być wydane, jeżeli dłużnik jest nieobecny i wskutek tego należy go wezwać edyktem lub ustanowić dla niego kuratora, albo jeżeli doręczenie do jego rąk ma się odbyć poza obrębem sądu okręgowego przełożonego sądowi powiatowemu, do którego pozew wniesiono.

Jeżeli dopiero przy doręczeniu okaże się, że dłużnik przebywa poza obrębem sądu okręgowego, należy je wstrzymać i z urzędu uchylić wydane już polecenie zapłaty, a to samo winno nastąpić, jeżeli doręczenie nastąpiło w miejscu niewłaściwem. Po uchyleniu polecenia zapłaty należy wdrożyć zwyczajne postępowanie sądowe.

Art. 6. Przeciw poleceniu zapłaty wolno dłużnikowi wnieść w przeciągu dni 14 od doręczenia sprzeciw.

Sprzeciw nie musi być uzasadniony i nie musi zawierać żadnego wniosku pozwanego. Jeżeli pozwany zamierza powołać się na niewłaściwość sądu, winien to uczynić w sprzeciwie, gdyż inaczej zarzut nie będzie uwzględniony chyba, że idzie o nieusuwalną niewłaściwość. Jeżeli pozwany w toku postępowania zamierza przytoczyć fakta i dowody przeciw roszczeniu powoda, powinien to uczynić już w sprzeciwie; zaniechanie tego obowiązku nie powoduje jednak niekorzystnych skutków w rzeczy samej, pozwany winien jedynie wynagrodzić powodowi koszta, które z powodu spóźnionego przytoczenia faktów lub dowodów powstaną.

Od polecenia zapłaty może dłużnik wnieść rekurs tylko wtedy, gdy nie wnosi sprzeciwu: rekurs może dotyczyć jedynie kosztów w poleceniu zapłaty przyznanych. W razie późniejszego wniesienia sprzeciwu uważa się rekurs jako cofnięty.

Sprzeciw lub rekurs można wnieść pisemnie lub ustnie do protokułu sądowego i to nawet w tym sądzie, w obrębie którego pozwany przebywa: ten sąd prześle protokuł sądowi, który wydał polecenie zapłaty.

Art. 7. Spóźniony sprzeciw ma być przez sąd odrzucony: od uchwały odrzucającej sprzeciw przysługuje pozwanemu do dni 14 rekurs.

Jeżeli sprzeciw na czas wniesiono, traci wydane polecenie zapłaty swoją moc, jeżeli jednak wniesiono je tylko co do części pretensji lub co do jednej z kilku pretensyj, wówczas zatrzymuje moc co do reszty. Po wniesieniu na czas sprzeciwu wyznacza sąd termin do ustnej rozprawy.

W razie, gdy kres do wniesienia sprzeciwu minął, może pozwany

wnieść prośbę o przywrócenie do pierwotnego stanu, jeżeli zachodzą wymogi tej prośby. W razie uwzględnienia prośby pozwanego o przywrócenie do pierwotnego stanu, uważa się polecenie zapłaty za uchylone.

Koszta sprzeciwu na czas wniesionego stanowią część kosztów postępowania sądowego.

Art. 8. Cofnięcie pozwu w postępowaniu upominawczem dopuszczalne jest po doręczeniu pozwanemu polecenia zapłaty tylko w razie wniesienia sprzeciwu, i to aż do terminu wskutek sprzeciwu wyznaczonego, na terminie zaś w razie niestawiennictwa pozwanego.

Cofnięcie sprzeciwu jest dopuszczalne, dopóki sąd nie wyznaczył ustnej rozprawy.

Art. 9. Polecenie zapłaty nie zaczepione sprzeciwem stoi pod względem prawomocności i wykonalności na równi z prawomocnym wyrokiem sądowym.

2) Postępowanie w sprawach drobiazgowych.

a) Ogólne uwagi.

Dla spraw mniejszej wagi wskazane jest uproszczone postępowanie (por. Glaser, Ueber Friedensgerichte und das Verfahren in geringfügigen Rechtsachen w Gesammelte kleinere Schriften t. II. 1868 str. 315 i nast.), to też wprowadziło ustawodawstwo austrjackie w r. 1873 odrębne postępowanie, które różniło się od zwyczajnego postępowania o tyle, że było oparte na zasadach ustności i bezpośredniości. Postępowanie to okazało się odpowiedniem nie tylko dlatego, że było nowoczesnem, lecz ponadto także z powodu, że było uproszczone. Wskutek tego procedura cyw. austr. z r. 1895 przyjęła również postępowanie drobiazgowe w sprawach o przedmiot wartości najwyżej 100 kor.

Uproszczenie postępowania polega głównie na ograniczeniu środków prawnych i z tego powodu już w I. instancji nie zachowuje się tych formalności, jakie winny być przestrzegane w zwyczajnem postępowaniu. Pozatem postępowanie w sprawach drobiazgowych nie różni się od zwyczajnego, a stan sprawy bada się dokładnie i przeprowadza wszelkie dowody.

Postępowanie drobiazgowe wprowadziła procedura cywilna austr. głównie w sądach powiatowych, a w sądach kolegjalnych obowiązuje ono wyjątkowo w przypadkach, gdy idzie o sprawy sędziów lub sprawy dotyczące wynagrodzenia i wydatków pełnomocników procesowych, wreszcie w sprawach o uznanie płynności pretensji konkursowej.

Ze względu na to, że uproszczenia są nieznaczne, nie uważa się postępowania drobiazgowego jako odrębne, lecz za zwykłe postępowanie

przed sądami powiatowemi, w którem ze względu na ograniczenie środków prawnych zachodzą pewne odmiany; pytanie to jest doniosłe, o ile idzie o to, czy w postępowaniu drobiazgowem wniosek wpadkowy o ustalenie jest dopuszczalny, a wartość przedmiotu, którego ten wniosek tyczy, przekracza granicę dla postępowania drobiazgowego unormowaną. Nie chcemy rozstrzygać kwestji, czy zapatrywanie to jest słuszne, de lege ferenda jednak oświadczamy się za tem, aby postępowanie drobiazgowe było uważane jako odrębne, przyczem tak w sądzie powiatotowym, jak i kolegjalnym powinno byc możliwe, jeżeli tylko wartość przedmiotu sporu jest niska.

b) **Przedmiot.**

Według prawa austrjackiego dopuszczalne jest postępowanie drobiazgowe, jeżeli idzie o zapłatę kwoty pieniężnej albo o inny przedmiot, którego wartość nie przekracza pewnej granicy; ta wynosiła pierwotnie 100 kor., a obecnie na obszarach prawa austrjackiego znacznie jest podwyższoną.

Postanowienie, że spór o każdy przedmiot nadaje się do załatwienia w postępowaniu drobiazgowem, uważamy jako niewłaściwe, to też ograniczyć je należy do sporów o zapłatę kwoty pieniężnej, dalej o oddanie ruchomości, której wartość nie przekracza pewnej kwoty; spory o inne przedmioty, w szczególności o nieruchomość lub prawa na niej, są zbyt doniosłe, aby można je załatwić w postępowaniu drobiazgowem i dlatego należy je wykluczyć, a tembardziej przyjąć to wypada odnośnie do przedmiotu, który nie daje się ocenić; to ostatnie przyjmowało też dawne prawo austrjackie, chociaż nieco inaczej się wyrażało (por. Ullmann, Das Bagatellverfahren 1873 str. 4 i nast.).

Pytanie zachodzi, czy w postępowaniu drobiazgowem mają być załatwione tylko spory o zapłatę kwoty pieniężnej, czy też i inne, w których wprawdzie nie idzie o zapłatę, ale w których przedmiot sporu opiewa na niską kwotę, np. o ustalenie należytości kwoty pieniężnej, proces o wyłączenie, opozycyjny i t. p. Za tem ostniem należy się oświadczyć, gdyż spór w ostateczności dotyczy niewątpliwie kwoty pieniężnej, a więc przedmiotu małej wagi (to przyjmuje się też odnośnie do § 20 rozp. niem. z r. 1916, w którem wykluczono apelację w sprawach drobnej wagi; por. Sydow-Busch, Eie Zivilprocessordnung 16 wyd. 1920 str. 1097).

Stosunek postępowania drobiazgowego do postępowania nakazowego jest taki sam, jak stosunek tego ostatniego do postępowania zasadniczego; mimo więc uprzedniego wydania polecenia zapłaty sprawa nie przestaje być drobiazgową, jeżeli w następstwie wskutek sprzeciwu lub zarzutów proces ma być prowadzony.

c) Wykluczenie środków prawnych.

W sprawach drobiazgowych wykluczony jest środek prawny i tak według prawa niemieckiego w sprawach do 50 marek, według prawa węgierskiego do kwoty 50 kor. (Gotti, Ungarische Civilprozessordnung 1911 str. 351), według § 492 proc. austr. dopuszczalne jest odwołanie tylko dla przyczyn nieważności wymienionych w § 477 L. 1 do 7 p. c. rewizja zaś jest całkowicie wykluczoną, a rekurs w myśl § 577 p. c. dopuszczalny jedynie wtedy, gdy odmówiono wdrożenia lub dalszego prowadzenia postępowania, gdy orzeczono o kaucji powództwa lub o jej uzupełnieniu, gdy wbrew przepisom prawnym odroczono termin, a od uchwały dopuszczalny jest środek prawny, gdy odmówiono prośbie o przywrócenie do pierwotnego stanu i gdy uchwałą orzeczono o kosztach postępowania, ponadto wykluczony jest wszelki środek od orzeczenia II. instancji.

De lege ferenda oświadczyć się należy za jak najdalej idącem ograniczeniem środków prawnych w postępowaniu małej wagi. To też przed wydaniem orzeczenia tylko wtedy powinien być dopuszczalny środek prawny rekursu, gdy sąd nie wdrożył postępowania, albo dalej go nie prowadzi i gdy odmówiono wnioskowi o przywrócenie do pierwotnego stanu, w każdym innym zaś przypadku środek prawny wykluczyć należy, w szczególności w kwestji kaucji aktorycznej, która przynajmniej w postępowaniu drobiazgowem powinna być wykluczona, co do kwestji odroczenia terminu, wreszcie, gdy idzie o koszta procesowe, bo kwestja ta jest podrzędną. Z powodu odmówienia przeprowadzenia postępowania rekurs powinien być dopuszczalny bez względu na przyczynę osnowy; przyznać więc należy stronie prawo zaskarzenia uchwały, gdy sąd uznaje drogę prawa jako dopuszczalną, gdy z powodu niewłaściwości sądu odrzuca skargę, albo zarządza przerwę postępowania i t. d.

Po ukończeniu postępowania środek prawny powinien być dopuszczalny tylko wtedy, gdy zaszły istotne braki formalne, a więc jeżeli orzeczenie wydał sędzia w myśl ustawy wykluczony, jeżeli droga prawa nie była dopuszczalną, jeżeli zachodziła nieusuwalna niewłaściwość sądu lub postępowanie drobiazgowe było niedopuszczalne, jeżeli stronie odebrano możność rozprawiania, albo jeżeli strona wcale nie była zastąpioną lub była zastąpioną nienależycie, wreszcie jeżeli naruszono jawność albo bezpośredniość postępowania. Wobec tego w razie mylnego zastosowania prawa albo mylnego ocenienia stanu faktycznego, jak niemniej co do kosztów postępowania nie powinien być możliwy środek prawny.

Możność zaskarżenia uchwały należy przyznać stronie także wtedy, gdy sąd środek prawny odrzucił, uważając go jako spóźniony lub nie-

dopuszczalny, jednak przeciw orzeczeniu II. instancji należy wykluczyć wszelkie dalsze zażalenia.

d) Uproszczenie postępowania.

Uproszczenia postępowania drobiazgowego wobec zwyczajnego wypływają z tego, że środki prawne są wykluczone; już w I. instancji więc nie potrzeba zachować tych formalności, które są potrzebne, gdy sprawa podlega badaniu przez instancję wyższą. Z tego powodu protokul rozprawy może być uproszczony i to przyjmuje też § 541 p. austr., nakazując umieszczenie w protokule obok wymienienia sądu i stron oraz miejsca prowadzenia rozprawy tylko tego, co jest istotne, a więc żądania pozwu, jeżeli ustnie zostaje wniesiony, w krótkości wyniku postępowania dowodowego oraz czy świadków, znawców i strony zaprzysiężono, wszelkich uchwał, o ile od nich środek prawny jest dopuszczalny i wyroku, a wreszcie, czy strony były obecne przy ogłoszeniu wyroku: to uproszczenie jest odpowiednie i dlatego należy je zatrzymać.

§ 450 p. austr. stanowi dalej, że o zarzutach procesowych należy orzec łącznie ze sprawą samą, jeżeli zostają odrzucone, co jest odpowiednie. Uzasadnionym jest też przepis § 452 austr., że wyrok ma być tylko ustnie ogłoszony, jeżeli obydwie strony są obecne, w niektórych jednak przypadkach wskazane jest dopuszczenie wydania orzeczenia na piśmie, co przyjmuje się też jako możliwe według prawa austrjackiego. Doręczenie wyroku powinno zgodnie z prawem austrjackiem nastąpić tylko na żądanie strony, a ponadto, gdy nie była obecną na rozprawie, wobec czego kres do wniesienia środka prawnego liczyć się będzie od ogłoszenia uchwały lub wyroku. Niepotrzebne jest natomiast postanowienie przyjęte w prawie austrjackiem, że żona może występować jako pełnomocniczka męża, bo to powinno być dopuszczalne w każdem postępowaniu, o ile nie zachodzi przymus adwokacki.

Zaznaczyć należy, że jakkolwiek między wykluczeniem środków prawnych a przepisami dotyczącymi uproszczenia postępowania zachodzi pewien związek, to jednak da się pomyśleć, że uproszczenia mogą być wprowadzone tylko w sprawach, w których idzie o pewną niską kwotę, a środki prawne wykluczone są także wtedy, gdy przedmiot sporu posiada wartość większą; tak np. może być postępowanie drobiazgowe prowadzone do pewnej kwoty, zaś środek prawny odwołania może być wykluczony nie tylko w tych sprawach, lecz i w sprawach większej wagi. Kwestja ta ostatnia ma być jednak załatwioną łącznie z kwestją wartości zażalenia i dlatego traktować ją należy łącznie z kwestją ogólną, czy i w jakim wypadku środki prawne mają być dopuszczone: mimo więc wykluczenia środków prawnych, może być w sprawach większej wagi nakazane zachowanie wszelkich formalności procesowych.

e) Stosunek postępowania drobiazgowego do zwyczajnego.

O tem, jakie postępowanie ma być prowadzone, może rozstrzygać albo chwila wniesienia skargi, albo też chwila rozpoczęcia rozprawy względnie czas, w którym przedmiot spada do granicy drobiazgowej lub też ją przekracza. Par. 553 p. austr. stanowi, że zmiana żądania skargi powodująca podwyższenie granicy postępowania drobiazgowego powoduje zmianę postępowania, do czego nowela z r. 1914 dodała dalsze postanowienie, że wartość przedmiotu sporu nie dochodzi do granicy drobiazgowej, należy dalej postępowanie prowadzić według zasad postępowania drobiazgowego i według tego wydać też orzeczenie.

Postanowienie prawa austr. nie jest odpowiednie, o ile dopuszcza zmiany postępowania po rozpoczęciu rozprawy, nie podobna bowiem dwojakie postępowanie łączyć ze sobą i w miejsce zwyczajnego prowadzić drobiazgowe, albo w miejsce tego ostatniego prowadzić następnie zwyczajne; co najwyżej możnaby postępowanie drobiazgowe prowadzić w miejsce zwyczajnego, w którem stan rzeczy już dokładnie zbadano i wszelkie zajścia ściśle zaprotokułowano. To też oświadczamy się za tem, aby tylko do chwili rozpoczęcia rozprawy możliwem było dokonanie zmiany postępowania przez rozszerzenie lub ograniczenie żądania skargi, po tym zaś czasie powinno być niedopuszczalne prowadzenie innego postępowania. Wprawdzie jest wskazane, aby w przypadku, gdy idzie o przedmiot drobnej wartości, odwołanie było niedopuszczalne, chociaż proces toczył się o przedmiot większej wagi, co do tego jednak zaznaczyć wypada, iż o dopuszczalności odwołania nie musi rozstrzygać wartość przedmiotu sporu, lecz może być miarodajną kwota odwołania, od jej wysokości można więc uczynić zawisłem czy i w jakich rozmiarach środek prawny jest dopuszczalny.

Kwestja, czy postępowanie zwyczajne, czy też drobiazgowe, ma być prowadzone, powstać może tak na wstępie procesu, jak i w toku tegoż oraz w postępowaniu wyższej instancji. Możliwem jest, że sąd wdroży postępowanie zwyczajne w miejsce drobiazgowego, z tego jednak powodu nie powinno być dopuszczalne zażalenie, bo z powodu prowadzenia postępowania dokładniejszego nie ponosi strona szkody. Jeżeli jednak sąd wdroży postępowanie drobiazgowe zamiast zwyczajnego, należy tak powodowi jak i pozwanemu przyznać zarzut niedopuszczalności postępowania i to nie tylko w pierwszej instancji, lecz i w środku prawnym od orzeczenia końcowego wniesionym, na wstępie postępowania nie powinno więc być dopuszczalne zażalenie na rodzaj wdrożonego procesu.

f) Umowa o postępowanie drobiazgowe.

Dawne prawo austr. dopuszczało umowę o postępowanie drobiazgowe, nowe prawo nie wspomina o niej, należy więc uznać ją jako niedopuszczalną, bo strony nie mogą się umawiać o formę postępowania. De lege ferenda oświadczyć się należy przeciw dopuszczalności umowy o postępowanie drobiazgowe, bo idzie nie tylko o formę postępowania, lecz i o wykluczenie środków prawnych a postanowienie, którem strony już z góry uznają środki prawne jako niedopuszczalne uznać należy jako pozbawione mocy prawnej.

g) Projekt.

Na podstawie powyższych wywodów proponuję następujące postanowienia.

Art. 1. W sprawach o kwotę pieniężną lub o przedmiot ruchomy stosować należy następujące postanowienia, jeżeli kwota pieniężna albo wartość rzeczy ruchomej wynosi co najwyżej dziesiąta część tej kwoty, która jest ustanowiona jako maksymalna granica właściwości sądu powiatowego.

Art. 2. Co do zarzutów procesowych prowadzić można odrębną rozprawę, w razie ich nieuwzględnienia jednak nie wydaje się osobnego orzeczenia i nie można wstrzymać postępowania w rzeczy samej aż do prawomocności orzeczenia co do zarzutów procesowych, lecz objąć należy orzeczenie wyrokiem co do rzeczy samej.

Art. 3. Wydanie uchwał i wyroku powinno nastąpić ustnie a zastrzeżenie wydania jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy ma zapaść wyrok z powodu zaoczności a brak dowodu doręczenia na wezwanie strony do rozprawy dalej, gdy prowadzone być mają jeszcze dalsze dowody a rozprawę zamyka się przed przeprowadzeniem tych dowodów.

Wyrok ogłoszony w obecności strony doręcza się jej tylko na wyraźne żądanie.

Art. 4. Kres zaczepienia uchwał lub wyroków ustnie stronie ogłoszonych liczy się od czasu, kiedy ogłoszenie obecnej stronie nastąpiło, strona nie obecna może wnieść środek prawny w przeciągu kresu ustawowego liczonego od czasu doręczenia jej uchwały lub wyroku.

Art. 5. Uchwała wydana w postępowaniu drobiazgowem może być zaczepiona, jeżeli odmówiono nią wdrożenia lub dalszego prowadzenia postępowania albo jeżeli odmówiono prośbie o przywrócenie do pierwotnego stanu omieszkanego terminu lub kresu.

Wyrok wydany w postępowaniu drobiazgowem może być zaczepionym tylko z powodu, że wydał go sędzia wykluczony, że sąd był niewłaściwy, a niewłaściwość nie daje się usunąć umową stron, że za-

chodził brak krajowego orzecznictwa lub dopuszczalności drogi procesowej, że postępowanie drobiazgowe było niedopuszczalne, że bezprawnie wykluczono jawność rozprawy, że naruszono zasadę bezpośredniości postępowania, że stronie odebrano możność rozprawiania lub, że albo wcale nie była zastąpioną albo też była zastąpioną nienależycie.

Art. 6. W protokóle rozprawy spisanym w postępowaniu drobiazgowem można pominąć stan faktyczny sprawy, jeżeli na jednym terminie sądowym sprawa zostaje ukończoną, dalej można w nim umieścić tylko krótkie streszczenia przeprowadzonych dowodów. Poza tem protokół rozprawy odpowiadać powinien ogólnym zasadom o protokułach sądowych.

Art. 7. O tem, czy postępowanie drobiazgowe, czy też zwyczajne ma być prowadzone, rozstrzyga kwota pieniężna lub wartość przedmiotu sporu w chwili rozpoczęcia ustnej rozprawy. Rozszerzenie żądania skargi nie jest dopuszczalne, jeżeli wdrożono postępowanie drobiazgowe; ograniczenie żądania nie wpływa na dalsze postępowanie, jeżeli jednak przed ukończeniem postępowania ograniczono żądanie pozwu do kwoty nie przewyższającej granicy postępowania drobiazgowego, od uchwał i wyroku są dopuszczalne tylko te środki prawne, które w postępowaniu drobiazgowem mogą być wniesione.

3) Proces o ochronę posiadania.

a) Ogólne uwagi.

Ochrony prawnej przeciw naruszaniu udziela się nie tylko właścicielowi lecz i posiadaczowi rzeczy lub temu, kto pewne prawo faktycznie wykonywa. Ochrona wobec trzeciego nieuprawnionego uzasadniona jest tem, że przyjąć można, iż posiadacz rzeczy lub prawa jest także uprawniony, ochrona ma więc na celu ułatwienie dowodu nabycia prawa. Z innego motywu udziela się natomiast ochrony przeciw właścicielowi lub uprawnionemu, w tym bowiem przypadku niepodobna przyjąć, że idzie o właściciela rzeczy lub tego, komu prawo przysługuje, należałoby więc naruszenie posiadania uznać jako pozbawione znaczenia; mimo to jednak nadaje się bezwarunkową ochronę posiadaczowi a naruszającemu udziela się możność wykazania swego prawa w osobnym sporze; widocznem jest zatem, że idzie o wystąpienie przeciw samowładnemu działaniu, które ustawa uznaje jako niedopuszczalne (por. Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart 1848 str. 261 i nast.).

Udzielenie ochrony posiadania w zwyczajnem postępowaniu są-

dowem byłoby bezcelowem, bo postępowanie to nie rychło prowadzi do wyniku, od dawna więc wprowadzono odrębne postępowanie w celu wystąpienia przeciw naruszeniu posiadania: takie zna między innemi procedura francuska, austrjacka, rosyjska i węgierska.

W nowszych czasach wystąpiono przeciw odrębnemu unormowaniu postępowania o naruszenie w posiadaniu, uznano bowiem, że zwyczajne postępowanie sądowe wystarcza w zupełności i proponowano, aby uchwalić odrębne przepisy a zarazem, aby w celu zapobieżenia naruszeniu rozszerzyć ochronę w drodze tymczasowego zarządzenia; stanowisko to zajmuje prawo niemieckie, nie zna bowiem odrębnego postępowania dla spraw o naruszeniu w posiadaniu. Jakkolwiek wiele okoliczności przemawia za tem, aby nie wprowadzano osobnych norm dla ochrony posiadania, to jednak przyjmujemy je, bo tak charakter przedmiotu ochrony, jak i konieczność rychłego załatwienia czynią koniecznemi pewne odchylenia od ogólnych zasad.

b) **Czas wniesienia pozwu.**

Według art. 23. proc. franc., art. 1310 proc. ros. i par. 964 ust. cyw. niem. chroni się posiadacza przeciw naruszeniu tylko przez rok od dokonanego naruszenia, według par. 454 p. austr. należy wnieść pozew do dni 30 od chwili, kiedy posiadacz dowiedział się o fakcie naruszenia. Ten termin ochrony uważa się bądź za termin przedawnienia, bądź też za termin prekluzywny (Randa, Der Besitz nach oesterr. Rechte wyd. 4. 1895 str. 248; Tilsch, Der Einfluss der Zivilprocessgesetze auf das materielle Recht wyd. 2. 1901 str. 81), wobec czego nie powinna być o nim mowa w ustawie o postępowaniu sądowem. Mimo to jednak należy w procedurze cywilnej termin bliżej określić nie tylko dlatego, że w całem państwie czas ochrony powinien być jednolicie ustanowiony, lecz i dlatego, że ochrona posiadania powinna być ograniczoną a to jest kwestją procesową. Termin ten wystarczy oznaczyć na miesiąc od chwili, kiedy posiadacz dowiedział się o naruszeniu i o osobie naruszającego, co podnosi ustawa cywilna szwajcarska, ponadto należy ograniczyć go w ten sposób, że po upływie roku od naruszenia uprawnienie do żądania ochrony gaśnie bezwarunkowo. Aby uniknąć kwestji, czy mamy do czynienia z terminem przedawnienia, czy prekluzywnym, należy wyraźnie zaznaczyć, że i bez zarzutu należy spóźnienie uwzględnić, a więc pozew na czas niewniesiony odrzucić. Wymogiem ochrony powinno też być należyte popieranie sporu, bo nie uchodzi, aby proces, który spoczywa, podejmowano po upływie dłuższego czasu.

Upływ terminu ustawą przyjętego powinien za sobą pociągać nie-

dopuszczalność ochrony posiadania nie tylko w odrębnem, lecz i w zwyczajnem postępowaniu; podnieść to należy, bo niektórzy przyjmowali, że ochrona posiadacza jest dopuszczalna w postępowaniu odrębnem a w razie przekroczenia terminu do wniesienia pozwu oznaczonego także w postępowaniu zwyczajnem. Zdaniem naszem nie można stronie przyznać wyboru postępowania i dlatego jako niedopuszczalny uważamy proces zwyczajny obok procesu odrębnego ani w czasie, gdy kres ochrony jeszcze nie minął, ani po upływie tegoż, postępowanie, w którem kwestja posiadania ma być rozpatrzoną, musi być zawsze takie same.

c) **Przedmiot badania.**

W sporze o naruszenie posiadania idzie tylko o fakt posiadania a nie o to, czy naruszonemu przysługuje prawo, to też wykazać należy tylko ostatnie posiadanie oraz zakłócenie tegoż lub też fakt usunięcia, stwierdzenie prawa jest więc zbędne, a co więcej nie wystarcza, jeżeli posiadanie nie zachodziło po stronie powoda; z drugiej strony nie można dopuścić obrony, że pozwanemu przysługuje prawo i że wobec tego nie można przeciw niemu orzec o naruszeniu posiadania lub o obowiązku oddania przedmiotu (Randa, str. 331 i nast.). To przepisuje par. 457 p. austr., par. 580 p. węg., a całkiem dobitnie art. 27. proc. franc. i to też ustawa powinna wyraźnie stanowić.

Osobne unormowanie kwestji, czy ochrona ma być udzieloną także wobec współposiadacza, nie jest wskazane, bo od poszczególnego przypadku jest zawisłe, czy zachodzi naruszenie posiadania, czy też chodzi o rozgraniczenie wzajemnych praw lub obowiązków, a więc o pytanie, którego załatwienie pozostawić wypada prawu materjalnemu. Nie jest też potrzebnem wyraźne postanowienie co do innych kwestyj materjalno-prawnych, jak np. czy ochrony należy udzielić powodowi, jeżeli posiadanie jego jest wadliwe i t. p.

Ustawa austrjacka nie dopuszcza w par. 457 łączenia skargi o naruszenie w posiadaniu z pozwem o wynagrodzenie szkody, par. 597 p. węg. zezwala natomiast na to, co jednak uważamy za niewłaściwe, bo przez badanie odszkodowania utrudnione jest prowadzenie sporu o naruszenie posiadania, przyjąć więc raczej należy przepis prawa austrjackiego.

d) **Forma i treść badania.**

Prawo austrjackie wyklucza w par. 471 2 w sporze o naruszenie posiadania dowód z przesłuchania stron, co jest nieodpowiednie zwłaszcza, gdy brak innych dowodów; motyw, że strony są zbyt rozdrażnione i trudno przyjąć, by prawdę zeznały, jest całkiem nieodpowiedni, a tak

samo nieodpowiedni motyw dalszy, że postępowanie powinno być rychło ukończone, a prowadzenie dowodu z przesłuchania stron przewleka je o pewien czas. Ta ostatnia okoliczność uzasadnia *de lege ferenda* chyba tylko pominięcie dowodu ze świadków, jeżeliby go nie można natychmiast przeprowadzić, w tym więc kierunku należy kognicję ograniczyć.

Co do formy postępowania należy zaznaczyć, że wiele przepisów obowiązujących ustaw pominąć można: tak przepis par. 454 p. austr., że pozew powinien być oznaczony, jako skierowany na ochronę posiadania, bo to nie jest istotne, dalej przepis par. 577 p. węg., który stanowi, że termin ma być przez sąd zaraz na miejscu oznaczony: to bowiem jest możliwe i często konieczne także w ogólnem postępowaniu, wreszcie przepis par. 459 austr., że przy wyznaczeniu terminów i kresów należy baczyć na to, iż sprawa jest pilna.

W sprawie o naruszenie posiadania jako wymagającej rychłego załatwienia powinna być wykluczoną przerwa przedawnienia i to tak z powodu toczącej się sprawy karnej, co przyjmuje par. 578 p. węg. jak i z powodu sprawy o prawo, załatwienie bowiem procesu o posiadanie nie powinno być odwleczone, a z drugiej strony w procesie posessoryjnym nie należy uwzględnić zarzutu, że pozwanemu przysługuje prawo, że więc naruszenie było uzasadnione. Konieczność rychłego załatwienia sprawy uzasadnia łoby postanowienie, że odroczenie nie może nastąpić, co też stanowiło wyraźnie dawne prawo austrjackie, przepis taki jest jednak zbędny, bo i w innych sprawach odroczenie jest tylko wyjątkowo możliwe.

Orzeczenie w sprawie o naruszenie posiadania powinno zapaść zaraz po ukończeniu postępowania, a jeżeli strony były obecne na rozprawie, powinno być wobec nich natychmiast skuteczne, o ile chodzi o kres do wniesienia środków prawnych.

Już wyżej zaznaczyliśmy, że w sporze o ochronę posiadania nie powinno być dopuszczalne spoczywanie; w każdym razie nie podobna przyjąć, że dopuszczalne jest podjęcie postępowania po upływie pewnego czasu. Stan sprawy ulega z biegiem czasu zmianie, nie uchodzi zaś, aby o kwestji faktycznej, bo o to idzie w sporze o naruszenie posiadania, orzekać według stanu w chwili wniesienia pozwu, a o to zawsze idzie w sporze possesoryjnym; jeżeliby dopuszczalnem być miało podjęcie postępowania przez pewien czas spoczywającego, to sąd miałby powoda chronić w posiadaniu mimo, że stosunki gruntownie się zmieniły i ochrona nie powinna być więcej udzieloną, jeżeliby zaś chwila wydania orzeczenia miała być stosowną, to należałoby roztrzygać o innem roszczeniu, a nie o tem, o które idzie w pozwie i dlatego też wymagać należy pozwu osobnego, a nie dopuszczać do dalszego prowadzenia procesu, którego zasada musi być zmienioną.

e) Orzeczenie.

Formą orzeczenia jest według par. 459 p. austr. uchwała, co jest doniosłe dla kwestji środków prawnych i formy postępowania w drugiej instancji, po za tem jest forma zwłaszcza po uchyleniu przepisu o umieszczeniu w orzeczeniu stanu faktycznego obojętną: to też przyjąć można przepis, że orzeczenie w sprawie o naruszenie w posiadaniu nie różni się co do formy od orzeczenia w sprawach innych.

Co do treści orzeczenia zaznaczyć wypada, że ma się ono ograniczyć do stwierdzenia, czy powód znajdował się w posiadaniu w chwili, gdy go miano naruszyć i czy naruszenie nastąpiło; to jednak nie zawsze wystarcza, aby chronić powoda, jeżeli bowiem pozwany był wprzód w posiadaniu przedmiotu, a powód usunął go w bezprawny sposób, to żądaniu pozwu należy odmówić, jeżeli tylko obrona pozwanego podniesioną została w czasie ustanowionym dla ochrony posiadania. Osobne podniesienie tego przypadku w ustawie nie jest potrzebne, a raczej można odesłać tę kwestję do ustawy cywilnej.

Orzeczenie powinno zawierać albo zakaz dalszego naruszenia, albo też nakaz oddania przedmiotu, pierwsze ma nastąpić gdy zaszło naruszenie, drugie zaś gdy posiadacza usunięto, rozumię się, że oprócz tego ma pozwany dokonać przywrócenia do pierwotnego stanu; czas dopełnienia powinien sąd swobodnie oznaczyć, co przyjmuje też par. 459 p. austr. W orzeczeniu nie ma sąd oznaczyć bliżej sposobu, w jaki ma nastąpić usunięcie naruszenia, każdy poszczególny przypadek bowiem wymaga odmiennego załatwienia, słusznem jest atoli, aby niedopuszczalnem było zburzenie domu, co stanowi wyraźnie par. 576 proc. węg. W sporze o naruszenie posiadania można wprawdzie zakazać dalszej budowy, ale nie należy nakazywać zburzenia, bo po ukończeniu procesu o naruszenie w posiadaniu możliwem jest prowadzenie sporu petytoryjnego, który doprowadzić może do zmiany orzeczenia poprzedniego; celu więc nie możnaby osiągnąć, gdyby wykonano orzeczenie possesoryjne i budowę usunięto.

Orzeczenie w sporze o naruszenie posiadania nie może osiągnąć materjalnej mocy prawa; w razie zmiany stanu rzeczy można wydać orzeczenie odmienne i mimo, że poprzód powoda utrzymano w posiadaniu, można obecnie przeciw niemu wydać orzeczenie.

f) Środki prawne.

Par. 460 p. austr. wyklucza wszelkie środki w toku postępowania i dopuszcza tylko rekurs od uchwały końcowej. Jestto odpowiednie, odpowiedniem jest też, aby we wyższej instancji nie odbywała się ustna

rozprawa, bo idzie tylko o posiadanie, a następne dochodzenie prawa nie jest wykluczone.

Par. 528/1 p. austr. wyklucza środek prawny od orzeczenia drugiej instancji bez względu na to, czy jest ono zmieniające, czy też zatwierdzające, a to należy uważać jako odpowiednie.

Ustawa austrjacka wyklucza także przywrócenie do pierwotnego stanu w postępowaniu z powodu naruszenia posiadania; nie jest to wprawdzie środek prawny, ale można o tem traktować w łączności ze środkiem prawnym, postanowienie to jest nieodpowiednie i nie da się usprawiedliwić tem, że skarga petytoryjna jest możliwa, często bowiem strona nie jest w stanie jawić się w sądzie lub dokonać aktu prawnego z powodów od niej niezawisłych, to zaś należy uwzględnić. Z tego powodu i skargę nieważności uznać należy jako dopuszczalną (inaczej Pollak str. 617); co do skargi o wznowienie zaś, której prawo austrjackie nie dopuszcza (Neuman, Commentar zu den Zivilprocessgesetzen wyd. 3. 1914 str. 1393), to słusznem jest jej wykluczenie, fakta nowe bowiem mogą być przytoczone w procesie o prawo i dlatego niepotrzebne jest wznowienie procesu o posiadanie.

g) **Zarządzenia w toku postępowania.**

W toku postępowania o ochronę posiadania może sąd według par. 458 p. austr. wydać tymczasowe zarządzenie a według par. 580 p. węg., gdy odracza się rozprawę, ma być ono na żądanie bezwarunkowo wydane; według par. 456 p. austr. ma być zakaz budowy wydany zaraz przy załatwieniu pozwu bez przesłuchania przeciwnika. Postanowienia te nie są potrzebne, bo wystarczają przepisy ogólne o tymczasowem zarządzeniu; niewłaściwym jest przepis prawa austrjackiego, że zarządzenia mogą być wydane nietylko na wniosek, lecz i z urzędu (Rintelen, Die einstweiligen Verfügungen 1904 str. 292), nie jest też potrzebne ograniczenie sądu w tym kierunku, iż zakaz budowy ma być wydany bez przesłuchania, bo przesłuchanie może być w niektórych przypadkach konieczne. Zarzucić też należy możność wydania zarządzenia na korzyść pozwanego, co według prawa austrjackiego jest dopuszczalne, bo ochrony może się pozwany domagać w drodze osobnej.

Ustawa węgierska idzie dalej niż inne i stanowi w par. 581, że sąd może zarządzić natychmiastowe dopełnienie orzeczenia, chociaż nie doszło jeszcze do jego prawomocności; i ten przepis jest zbędny, bo postanowienia o tymczasowem zarządzeniu są wystarczające.

h) Stosunek orzeczenia o naruszeniu posiadania do orzeczenia co do prawa.

Posiadanie jest faktem, a mimo to ma być ochronione, ale tylko przeciw naruszeniu, wobec czego ustalenie, że ktoś jest posiadaczem, nie powinno być dopuszczalne, bo ustalenia faktu, chociażby nawet doniosłego nie można uzyskać w osobnym procesie. Orzeczenia co do posiadania nie wyklucza jednak procesu o prawo i taki może wytoczyć powód, gdy się nie utrzymał w sporze o naruszenie posiadania, może też wytoczyć pozwany, jeżeli w innym procesie o naruszenie posiadania rzecz musi odstąpić albo zaniechać pewnych aktów, do których ma możliwie prawo.

Wytoczenie sporu powinno być dopuszczalne nie tylko po ukończeniu sporu o naruszenie posiadania, lecz i przed tym czasem, niewłaściwe są więc przepisy art. 26 i 27 franc., które zajmują co do tego odmienne stanowisko a w szczególności co do pozwanego stanowią, że pozew petytoryjny może być wniesiony dopiero po ukończeniu procesu posesoryjnego i dopuszczają go wtedy, gdy pozwany dopełnił w zupełności tego, na co został zasądzony. Wprawdzie prowadzenie dwóch sporów może doprowadzić do komplikacji, ale uwzględnić należy, że obydwa procesy opierają się na innej zasadzie i dlatego nie wykluczają się wzajemnie.

Powstaje pytanie, jak ma się zachować sąd w sporze posesoryjnym, gdy zapadło już orzeczenie w sporze petytoryjnym (por. Krainz, System des oestr. allg. Privatrechtes t. I. 1913 str. 504). Zdaniem naszem należy w sporze posesoryjnym uwzględnić prawomocnie ustalone prawo pozwanego, jeżeli ono nadaje mu moc wykonywania tych aktów, z powodu których wdrożono przeciw niemu spór posesoryjny, nie uchodzi bowiem wydawać orzeczenie, które wobec wyników sporu petytoryjnego będzie bezcelowe. To wynika z par. 864/2 ust. cyw. niem., który stanowi, że roszczenie ochronne gaśnie, jeżeli prawo jest orzeczeniem sądowem wykazane: art. 927 ust. cyw. szwajc. idzie jeszcze dalej, bo uprawnia do odmówienia wydania rzeczy, jeżeli prawo zostaje natychmiast wykazane. Z drugiej strony dopuszczalnem być powinno w sporze o prawo uchylenie poprzód zapadłego orzeczenia o naruszenie posiadania, jeżeli tego strona żąda, nie podobna bowiem utrzymać mocy orzeczenia faktu dotyczącego, jeżeli pozostaje w sprzeczności z orzeczeniem sądowem prawa dotyczącego.

Że posiadacz może wystąpić z żądaniem odszkodowania z powodu naruszenia lub usunięcia, to nie jest wątpliwem: co do tego jednak przeprowadzić należy zwyczajny proces, kumulacja zatem skargi o odszkodowanie ze skargą o naruszenie posiadania nie jest dopuszczalną,

odpadają zatem kwestje, które na ten wypadek są unormowane w procedurze węgierskiej. Z tego też powodu nie ma być unormowaną kwestja, czy mimo upływu kresu do wniesienia skargi o ochronę posiadania żądanie odszkodowania jest dopuszczalnem, która to kwestja jest zresztą kwestją prawa cywilnego (por. Randa str. 332; Krainz str. 507).

i) Projekt ustawy.

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy następujące postanowienia:

Art. 1. Pozew o ochronę posiadania rzeczy lub prawa przeciw naruszeniu lub usunięciu należy wnieść do dni 30 od czasu, kiedy powód dowiedział się o fakcie naruszenia i o osobie naruszającego, nie później jednak jak do 6 miesięcy od dokonanego naruszenia. Pozew po tym czasie wniesiony z urzędu należy odrzucić.

Art. 2. W sprawach o ochronę posiadania przeciw naruszeniu lub usunięciu stwierdzić należy tylko fakt ostatniego posiadania i naruszenie, badanie zaś prawa do posiadania albo do dokonania czynności naruszającej czy to powoda, czy też pozwanego jest dopuszczalne o tyle, o ile pozwany powołuje się na nie dla uzasadnienia swego zarzutu, że usunął powoda z posiadania lub naruszył je na podstawie przepisu który go do tego upoważnia.

Art. 3. Przesłuchanie świadków i przeprowadzenie innych dowodów ma sąd pominąć, jeżeli to natychmiast nie może nastąpić i wskutek tego sprawa będzie znacznie przewleczoną.

Art. 4. Przerwa postępowania z powodu tego, że orzeczenie jest zawisłe od stwierdzenia czynu karygodnego lub ustalenia prawa lub stosunku prawnego nie jest dopuszczalne.

Jeżeli powód nie jawi się na terminie a pozwany nie żąda przeprowadzenia postępowania, należy pozew odwrócić.

Jeżeli pozwany przed ukończeniem postępowania pierwszej instancji prawomocnem orzeczeniem wykaże prawo nadające mu moc wykonywania aktów, z powodu których wniesiono pozew o ochronę posiadania, należy orzeczeniem żądaniu pozwu odmówić.

Orzeczeniem, którem daje się miejsce żądaniu pozwu, należy zlecić usunięcie skutków naruszenia, a jeżeli powoda usunięto z posiadania, należy zlecić oddanie tegoż napowrót oraz zakazać dalszego naruszania, a ponadto w obydwu przypadkach nakazać przywrócenie do pierwotngeo stanu.

Sąd oznaczy w uwzględnieniu stosunków poszczególnego przypadku kres w przeciągu którego naruszenie ma być przez pozwanego uchylone i stan pierwotny przywrócony; usunięcia dokonanej budowy

nie można jednak nakazać w orzeczeniu zapadłem w sporze o ochronę w posiadaniu.

Art. 5. Od uchwał w toku postępowania zapadłych nie przysługuje żaden środek prawny. Od orzeczenia ostatecznego przysługuje stronie, która czuje się nim pokrzywdzoną, odwołanie. Odwołanie wnieść należy do dni 8 od chwili ogłoszenia stronie orzeczenia, a jeżeli przy tem nie była obecną, do dni 8 od doręczenia.

Druga instancja załatwia odwołanie na posiedzeniu niejawnem bez wyznaczenia ustnej rozprawy.

Od orzeczenia drugiej instancji jest dalszy środek prawny niedopuszczalny.

Art. 6. Niedopuszczalne jest wznowienie ukończonego postępowania z powodu odkrycia nowych faktów lub środków dowodowych.

Art. 7. Strona, która czuje się pokrzywdoną orzeczeniem, może w drodze zwyczajnego procesu wykazać swoje prawo i domagać się uchylenia orzeczenia zapadłego w sporze o ochronę posiadania.

4) Postępowanie ze stosunku najmu lub sprzedaży.

a) Ogólne uwagi.

Dla spraw wypływających ze stosunku najmu lub dzierżawy istniały od dawna odrębne przepisy, w szczególności normowała pruska ord. sądowa, w jaki sposób prowadzone być mają takie spory. Inne ustawodawstwa, między niemi austrjackie, wprowadziły osobne postępowanie tylko co do spraw o oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy, względnie o tegoż odebranie, uznając takie sprawy jako pilne i wymagające uproszczonego postępowania. To uproszczenie polegało na tem, że co do oddania, względnie odebrania, wydaje się orzeczenie przed czasem zapadłości świadczenia, dalej wprowadza się postępowanie nakazowe ze względu na to, że przypuścić można, iż pozwany nie będzie się bronił, jeżeli wynajmujący tylko z powodu upływu czasu żąda oddania przedmiotu. Dawne prawo austrjackie szło dalej i ograniczało także kognicję, bo nie dopuszczało zarzutu kompezaty przeciw należności czynszu najmu lub dzierżawy, jeżeli wynajmujący, względnie wydzierżawiający domaga się rozwiązania kontraktu z tego powodu, że mu czynszu nie płacono, w sprawach o oddanie lub odebranie przedmiotu wykluczało też dowód ze świadków, którego do dni 8 nie można było przeprowadzić (por. Wawel-Louis. Ustawa z dnia 16 lutego 1858 urządzająca postępowanie sądowe w sprawach najmu i dzierżawy 1885 str. 80, 86 i nast.), zezwalało jednak równocześnie pozwanemu wprowadzenie w drodze osobnej tego dowodu względnie zarzutu. Tych ogra

niczeń nie zna nowsze prawo austrjackie, które wprowadza postępowanie nakazowe, gdy idzie o oddalenie lub odebranie przedmiotu i w całej pełni dopuszcza obrony pozwanego, a podobne stanowisko zajmuje procedura cywilna węgierska, ogranicza atoli uproszczone postępowanie tylko do spraw najmu z wykluczeniem spraw dzierżawnych, które mają być prowadzone w zwyczajnem postępowaniu. Procedura węgierska zawiera jednak ograniczenie kognicji o tyle, że według par. 631 5 dopuszczalne jest pominięcie dowodu na wniosek przeciwnika, jeżeli z powodu tego dowodu wydanie wyroku nie może nastąpić w czasie należytym, a par. 396 proc. bośń. wyklucza dowody, które w przeciągu tygodnia nie mogą być przeprowadzone i dopuszcza z tego powodu wznowienia.

De lege ferenda oświadczyć się należy przeciw wszelkiemu ograniczeniu kognicji w postępowaniu ze stosunku najmu lub dzierżawy, bo dokładne zbadanie sprawy winno się odbyć, zanim się usuwa najemcę lub dzierżawcę; te ustawodawstwa, które wprowadzają ogracze-nia, dopuszczają w następstwie pełną obronę pozwanego, przez co dojść może do uchylenia poprzedniego orzeczenia i do komplikacji oraz sporów o odszkodowanie. Odpowiedniem jest natomiast wprowadzenie postępowania nakazowego dla spraw najmu lub dzierżawy, o ile chodzi o odebranie przedmiotu, zwłaszcza z powodu upływu czasu, przyjąć bowiem można w tym przypadku, że pozwany nie będzie się bronił, nie jest więc potrzebne wyznaczenie terminu sądowego, na którym zapada wyrok zaoczny lub z uznania; wydanie nakazu oddania jest odpowiednie także i dlatego, że powodowi umożliwia się łatwe i rychłe osiągnięcie tytułu egzekucyjnego. W każdym razie dopuścić należy wdrożenie i przeprowadzenie procesu przed terminem oddania lub opróżnienia tak, by wynajmujący lub wydzierżawiający mógł w chwili odpowiedniej objąć przedmiot i nie był narażony na to, że otrzyma go dopiero po upływie dłuższego czasu, jaki jest potrzebny na uzyskanie prawomocnego wyroku.

Ograniczenie postępowania do stosunku najmu nie jest praktyczne, gdyż i w sprawach dzierżawnych potrzebne jest uproszczenie celem ochrony wydzierżawiającego.

b) **Przedmiot, co do którego postępowanie jest dopuszczalne.**

Według ustawy austrjackiej i węgierskiej odnosi się odrębne postępowanie tylko do nieruchomości, ustawa austrjacka wymienia także przedmioty, które stoją na równi z nieruchomościami, jak budowle wodne i t. p., wobec czego nie można stosować uproszczonego postępowania, w szczególności wypowiedzenia do ruchomości, przedsiębiorstw, praw, pretensyj i t. d.

Ten stan rzeczy należy zatrzymać a zatem nie powinno się rozszerzać odrębnego postępowania do najmu ruchomości lub przedsiębiorstw, chociaż przyznać należy, że i odnośnie do tych przedmiotów wskazane jest dopuszczenie pozwu przed czasem, w którym oddanie ma nastąpić; wydanie nakazu jest zbędne, bo sprawy, w których zachodzi ku temu potrzeba, są wyjątkowe, zazwyczaj zaś wyłania się co do nich spór, niewątpliwie więc zostają przeciw nakazowi oddania wniesione zarzuty, a to usprawiedliwia natychmiastowe wyznaczenie terminu i niedopuszczenie postępowania nakazowego.

Wprowadzenie odrębnego postępowania powinno nastąpić tylko odnośnie od najmu lub dzierżawy, nie zaś co do innych sporów wypływających ze stosunku używania nieruchomości. Używanie przedmiotu może polegać na najrozmaitszych stosunkach, które rozmaicie są unormowane i nie mogą być jednakowo traktowane, wskazane jest więc co do nich zastosowanie ógólnych przepisów o postępowaniu, to też oświadczyć się należy przeciw postanowieniu art. 576 p. c. austr., które kontrakt nżywania nieruchomości za odbiorem udziału w dochodach pod względem procesowym stawia na równi z kontaktem dzierżawy.

c) Wniosek.

Prawo austrjackie a za niem węgięrskie znają dwie formy wdrożenia postępowania a mianowicie wypowiedzenie przez wynajmującego względnie wydzierżawiającego albo przez najemcę lub dzierżawcę, dalej prośbę o wydanie nakazu oddania lub odebrania przedmiotu najmu względnie dzierżawy. Pierwsza forma ma być stosowana tam, gdzie stosunek kończy się za wypowiedzeniem bądź dlatego, że strony umówiły się o nie, bądź też dlatego, że w myśl ustawy jest ono potrzebne, aby zapobiec odnowieniu stosunku: druga forma może być użyta, gdzie najem lub dzierżawa upływa z pewnym czasem bez wypowiedzenia. Wypowiedzenie stosunku najmu lub dzierżawy nie jest pozwem, lecz czynnością postępowania niespornego, sąd pośredniczy bowiem tylko przy dokonaniu aktu materjalno-prawnego, który i pozasądownie może być uskutecznionym; tak ustawa austrjacka jak i węgierska uwzględniają też wypowiedzenie pozasądowe i to albo przez notarjusza albo w inny sposób dokonane i pod pewnym względem stawiają je na równi z wypowiedzeniem sądowem. Wypowiedzenie sądowe, a także pozasądowe, jeżeli przy niem zachowano pewne formalności, jest doniosłe o tyle, że zyskuje moc egzekucyjną w razie niewniesienia przez stronę przeciwną zarzutów, po wniesieniu zarzutów stawia się wypowiedzenie według par. 591/2 p. austr. i 631 p. węg. na równi z pozwem tak, że strona wypowiadająca ma być uważaną za powoda.

System przyjęty przez prawo austrjackie i węgierskie co do wypowiedzenia jest zdaniem naszem niewłaściwy, gdyż niepodobna uważać akt niesporny, jakim jest wypowiedzenie, za wstępną czynność procesową. Dlatego też proponujemy, aby w przypadku, gdy idzie o oddanie wynajmującemu przedmiotu najmu lub dzierżawy, zawsze był konieczny pozew, którego wniesienie jednak powinno być dopuszczalne także przed czasem, w którym stosunek upływa; na ten pozew ma być wdrożone zwyczajne postępowanie, ale na żądane powoda powinien być wydany bez przesłuchania najemcy lub dzierżawcy nakaz oddania. Taka forma odpowiadać będzie obecnemu nakazowi, prośby bowiem o polecenie oddania lub odebrania przedmiotu nie można uważać za co innego, jak za pozew, chociaż nazywa się ją prośbą. Forma pozwu powinna być używaną także wtedy, gdy dla rozwiązania stosunku wypowiedzenie jest konieczne, można bowiem z pozwem połączyć wypowiedzenie; rozumie się, że możliwem być powinno dokonanie osobnego wypowiedzenia, ale w tym przypadku będzie ono aktem postępowania niespornego i żadne zarzuty przeciw niemu nie powinny być dopuszczone, bo kwestja, czy wypowiedzenie jest skuteczne, czy też nie i kiedy winno nastąpić, ma być rozpatrywana dopiero w procesie. Z tego też powodu oświadczyć się należy przeciw nadaniu mocy egzekucyjnej wypowiedzeniu czy to sądowemu, czy też pozasądowemu, co według prawa obecnego jest przyjęte a co zwłaszcza odnośnie do wypowiedzenia pozasądowego powoduje kwestje sporne i fatalne skutki dla najemcy lub dzierżawcy (Swoboda: Die aussergerichtliche Aufkündigung von Bestandverträgen w Gellera Zentralblatt für die jur. Praxis t. 39 z r. 1921, str. 458 i nast.).

Ustawy obowiązujące zawierają dokładne postanowienie co do tego, kiedy stosunek najmu ma być wypowiedziany; te przepisy są materjalno-prawne i dlatego nie powinny się mieścić w procedurze, która normować ma tylko postępowanie sądowe i z tego też powodu nie ma być rozpatrywaną kwestja, czy wypowiedzenie ma być tylko wniesione, czy w terminie należytym także doręczone, czego w niektórych przypadkach wymaga par. 539 p. aust. i 626 p. węg.

Jeżeli wdrożenie postępowania nastąpić może tylko na skutek pozwu, to niepotrzebne jest postanowienie podobne do przepisu par. 562 p. austr. i 621 p. węg. co do formy wypowiedzenia, bo nie powinno ulegać kwestji, że w pozwie i żądaniu wymienić należy strony i opisać przedmiot oraz podać czas, z którym najem lub dzierżawa upływa; nie jest też potrzebne postanowienie, że pozew może być wniesiony ustnie do protokołu, co odnośnie do wypowiedzenia podnoszą par. 562 p. austr. i 621 p. węg.

Obowiązujące ustawy wprowadzają odrębne postępowanie tak

wtedy, gdy wypowiedzenia dokonuje wynajmujący lub wydzierżawiający, jak i wtedy, gdy ono pochodzi od najemcy lub dzierżawcy, dalej dopuszczają wydania nakazów odebrania przedmiotu. Przyjęty przez nas system nie wyklucza w zasadzie nakazu odebrania uzyskanego przez najemcę lub dzierżawcę, uważamy jednak za właściwe, aby nakaz odebrania nie był dopuszczony; jeżeli idzie o oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy, jest wynajmujący lub wydzierżawiający wierzycielem, a wierzyciela nie można zmusić do przyjęcia przedmiotu, dłużnik może się go wyzbyć przez opuszczenie i pozostawienie wierzycielowi. Dlatego też nakaz odebrania powinien być niedopuszczalnym, a co więcej nawet i pozew o odebranie uznać należy jako nieuzasadniony; ponieważ jednak często najemca lub dzierżawca powinien mieć pewność co do tego, czy stosunek z pewnym czasem ustaje, przeto co do tego dopuścić należy pozew o ustalenie bez wykazania interesu w ustaleniu, że stosunek najmu lub dzierżawy upływa z pewnym czasem.

d) **Czas, w którym żądanie może być postawione.**

Par. 567/2 p. austr. i 627/2 p. węg. stanowią, że prośba o wydanie nakazu oddania lub odebrania przedmiotu może być wniesioną tylko w ostatnich 6 miesiącach przed ustaniem stosunku, jeżeli ma trwać dłużej, co do wypowiedzenia zaś stanowi par. 563/2 p. austr., że jest dopuszczalne i przed upływem umówionego lub ustawowego kresu, co jest zrozumiałe. Postanowienie takie jest odpowiednie, nie należy bowiem stronom umożliwiać uzyskanie tytułu egzekucyjnego, na podstawie którego dopiero po upływie dłuższego czasu prowadzić można egzekucję, a więc w czasie, gdy stosunki gruntownej ulegają zmianie; to też należy postanowić, że pozew o oddanie jest dopuszczalny tylko w ostatnich 6 miesiącach przed upływem czasu najmu lub dzierżawy.

e) **Załatwienie wniosku.**

Wskutek pozwu wdraża się postępowanie sądowe, jeżeli jednak powód prosi o wydanie nakazu oddania przedmiotu, należy wydać nakaz i polecić pozwanemu, aby przedmiot oddał w czasie, gdy stosunek ustaje, jeżeli zaś stosunek już ustał, aby bezwłocznie to uczynił. Bliższe określenie terminu, w którym ma się rozpocząć opróżnienie i w którem winno być ukończone, nie jest rzeczą ustawy o postępowaniu, lecz prawa materjalnego, to też niepotrzebne jest umieszczenie przepisów podobnych do par. 573 p. austr. i 632/3 p. węg., że najemca lub dzierżawca ma w południe trzeciego względnie ósmego dnia przed upływem czasu najmu lub dzierżawy rozpocząć opróżnienie a w południe dnia ostatniego ukończyć je całkowicie.

Wydanie nakazu oddania może nastąpić tylko wtedy, gdy stosunek kończy się z upływem pewnego określonego czasu, nie powinno zaś być dopuszczalne, jeżeli stosunek ma być przedwcześnie rozwiązany n. p. z powodu zalegania z zapłatą czynszu lub z powodu zniszczenia przedmiotu; w tych przypadkach przeprowadzić należy zwyczajne postępowanie o oddanie przedmiotu.

W nakazie oddania powinno być umieszczone pouczenie o możliwości wniesienia zarzutów, ale nie musi być umieszczone w samej treści nakazu: obecne ustawy polecają stylizację taką, jak gdyby oddanie przedmiotu było alternatywnem uprawnieniem obok możności wniesienia zarzutów, co jest niewłaściwe.

Jeżeli wniosek o oddanie jest nieuzasadniony, należy mu odmówić, ale i postępowanie jest w tym przypadku niemożliwe, bo nie może doprowadzić do wyniku innego, jak tylko do odmówienia żądaniu pozwu, należy zatem zaniechać i wyznaczenia terminu do rozprawy.

Kwestją jest, czy ustawa ma zawierać postanowienie na przypadek, gdy wymagane jest doręczenie aktu wypowiedzenia przed upływem terminu wypowiedzenia a doręczenie pozwu obejmującego takie wypowiedzenie nastąpi dopiero w tym czasie, chociaż wniesiono go na czas, na ten przypadek przyjmują par. 564 2 p. austr. i 626 p. węg., że wypowiedzenie jest skuteczne, ale pozwany może uzyskać uchylenie wypowiedzenia przez wniesienie zarzutów. Zdaniem naszem, jest to odpowiednie, bo sąd nie powinien uchylać nakazu swego, jeżeli zachodzi nie wada procesowa, lecz wykonanie w nienależytym czasie aktu materjalno-prawnego, jakiem jest wypowiedzenie; rozumie się, że przez to nie pozbawia się pozwanego prawa podniesienia w zarzutach, że nie zachodzi należyte wypowiedzenie stosunku z powodu tego doręczenia po upływie czasu, w którym miało się odbyć.

f) **Dalsze postępowanie.**

Nakaz opróżnienia przedmiotu powinien być doręczony pozwanemu wraz z pozwem, niepotrzebne jest więc osobne postanowienie, że doręczenie winno nastąpić do rąk własnych pozwanego, co podnoszą obowiązujące ustawy ze względu na to, że idzie o akt niesporny, jak wypowiedzenie lub prośbę o wydanie nakazu, którego nie uważa się za pozew, i jako taki traktuje dopiero po wniesieniu zarzutów.

Przeciw wypowiedzeniu i nakazowi oddania lub odebrania przysługują pozwanemu zarzuty i to według par. 562 p. austr. oraz par. 627 p. węg. w przeciągu dni ośmiu a według prawa austr. w przeciągu dni trzech, jeżeli idzie o najem o wypowiedzeniu co najwyżej 14-dniowem; zarzuty nie muszą zawierać wszelkich środków obronnych, chociaż jest to spornem w prawie austrjackim, mają tylko przygotować rozprawę.

Ten system należy zatrzymać, ale w każdym przypadku powinien być wprowadzony przynajmniej kres trzech-dniowy, przy dzierżawie zaś ośmiodniowy do wniesienia zarzutów.

Spóźnione zarzuty powinny być odrzucone, co i obecnie jest przyjęte w par. 623 p. węg., na zarzuty na czas wniesione należy wyznaczyć rozprawę. W postępowaniu badać należy stan rzeczy i orzec o tem, czy się utrzymuje nakaz, czy też go uchyla, co stanowi par. 572 p. austr. i par. 631/3 p. węg., przyczem uwzględniony być winien stan rzeczy w chwili wydania wyroku, zaczem dopuścić należy zmiany w oznaczeniu czasu oddania przedmiotu najmu lub dzierżawy, jeżeli spornem jest tylko, kiedy najemca lub dzierżawca ma ustąpić, a według wyniku postępowania najemca lub dzierżawca winien wprawdzie ustąpić, ale w czasie innym, niż oznaczonym w nakazie oddania.

Przeciw nakazowi zapłaty lub zabezpieczenia wydanemu w postępowaniu nakazowem nie jest dopuszczalny zarzut, że nie należało go wydać z powodu braku wymogów ustawowych, od jakich jest zawisłe wdrożenie postępowania nakazowego, bo z chwilą wniesienia zarzutów prowadzi się takie postępowanie, jakieby wdrożono w razie, gdyby powód nie domagał się wydania nakazu. Inaczej należy rzecz załatwić w postępowaniu o najem lub dzierżawę, gdy się okaże, że stosunek prawny należy ocenić inaczej a nie jako najem lub dzierżawę i z tego powodu odrębne postępowanie uznać wypada jako niedopuszczalne, wobec czego nakaz należy uchylić; rzeczą jest powoda wnieść pozew oparty na innej skardze.

Jeżeli postępowanie wdraża się na skutek skargi, to cofnięcie jej jest możliwe tak długo, dopóki nie wydano nakazu; po tym czasie powinno być cofnięcie niedopuszczalne a tembardziej, gdy wniesiono zarzuty, bo pozwany ma prawo do tego, aby spór prowadzono. Natomiast cofnięcie zarzutów powinno być możliwe aż do ukończenia postępowania pierwszej instanci, przyczem koszta winny być wynagrodzone powodowi.

Oprócz zarzutów nie jest znany inny środek przeciw wypowiedzeniu lub nakazowi oddania lub odebrania, w szczególności wykluczony jest rekurs, tak według par. 575 2 p. austr. i par. 629 p. węg., co jest odpowiednie.

Par. 629 p. węg. uwzględnia przypadek, gdy kilka osób występuje w charakterze przeciwników wnoszącego wypowiedzenie lub prośbę o oddanie lub odebranie przedmiotu najmu i słusznie podnosi, że wniesione przez jednego zarzuty mają wpływ na stosunek do innych osób, przeciw którym także jest skierowany akt sądowy, niepodobna bowiem niejednolicie orzec w sprawie najmu lub dzierżawy i jednego kontrahenta usunąć a innych pozostawić.

g) Ułatwienie postępowania.

Obowiązujące ustawy wprowadzają krótszy kres a mianowicie ośmiodniowy do apelacji, rewizji i rekursu oraz do prośby o przywrócenie do pierwotnego stanu, tak par. 575 p. austr. i par. 634/1 p. węg. ustawa austrjacka w par. 571/4 a węg. w par. 630/6 wyklucza przywrócenie do pierwotnego stanu celem wniesienia zarzutów, gdy zaś idzie o omieszkanie terminów dopuszcza jej par. 633/3 p. węg. do dni ośmiu od tegoż upływu. Według par. 633/1 p. węg. w razie niejawienia się wypowiadającego na terminie należy uchwałą wypowiedzenie uznać jako bezkuteczne, w par. 634/2 p. węg. wykluczona jest rewizja a w par. 635/2 wznowienie; przepis ten stanowi, że ten, kto doznał naruszenia praw, może w razie, gdy nie następuje oddanie lub odebranie, dochodzić tylko odszkodowania w zwyczajnej drodze procesu. Par. 562 p. austr. a za nim ustawa węgierska wymagają ustanowienia pełnomocnika dla doręczeń.

Wszystkie te przepisy są nieodpowiednie i tylko krótsze kresy są wskazane w postępowaniu ze stosunku najmu lub dzierżawy i to nie tylko wtedy, gdy toczy się odrębne postępowanie, lecz i w przypadku, gdy prowadzi się postępowanie zwyczajne. To przyjmuje też praktyka austrjacka, chociaż par. 574 p. austr. ma na myśli tylko termin ustąpienia z przedmiotu (inaczej Ott str. 301).

Pytanie powstaje, czy nie jest wskazane wykluczenie środków prawnych albo przynajmniej rewizji w sprawach najmu lub dzierżawy mniejszej wagi. Zdaniem naszem jest wskazane rewizję uznać jako niedopuszczalną, jeżeli idzie o najem a czynsz roczny nie przekracza pewnej kwoty, tego jednak odnieść nie można do dzierżawy, bo ten stosunek jest z reguły donioślejszy.

h) Moc orzeczenia.

Nakaz niezaczepiony zarzutami powinien stać na równi z prawomocnem orzeczeniem sądowem i dlatego przyznać mu należy wykonalność; to zachodzi obecnie odnośnie do wypowiedzenia i nakazu oddania lub odebrania przedmiotu.

Kwestją jest jednak, czy należy czasowo ograniczyć moc wykonalności, czy to nakazu, czy też wyroku sądowego tak, jak to czyni par. 569 p. austr., według którego tylko do dni 14 po upływie czasu, z którym opróżnienie miało nastąpić, można prowadzić egzekucję. Zdaniem naszem przepis ten jest odpowiedni. bo kto przez pewien czas nie domaga się oddania przedmiotu, ten zgadza się na dalsze jego zatrzymanie, można też przyjąć, że strony zawarły układ o najem lub dzierżawę przedmiotu, jeżeli ani z upływem terminu ani przez pewien

czas potem nie prowadzono egzekucji i dlatego należy wprowadzić postanowienie, że moc egzekucyjna orzeczenia o oddanie przedmiotu gaśnie z upływem 14 dni do czasu, w którym oddanie miało nastąpić, jeżeli zaś orzeczenie stało się później prawomocne wtedy, gdy do dni 14 po doręczeniu wynajmującemu lub wydzierżawiającemu prawomocnego orzeczenia nie wniesiono prośby o przymusowe opróżnienie przedmiotu.

Wypowiedzenie uznaje się według par. 561 p. austr. i par. 628 i 534/4 p. węg. jako skuteczne nie tylko na korzyść tego, kto je uzyskał, lecz i na korzyść przeciwnika, i temu więc przyznaje się prawo prowadzenia na tej podstawie egzekucji. Przepis ten, jako samo przez się zrozumiały, jest niepotrzebny, o ile bowiem idzie o materjalną prawomocność, wypływa z ogólnej zasady prawnej, że orzeczenie sądowe jest skuteczne tak na korzyść jak i na niekorzyść obydwu stron; jest jednak także zbędny, o ile chodzi o wykonalność, skoro nie przyjmujemy osobnego postępowania na korzyść najemcy lub dzierżawcy i nie dopuszczamy nakazu odebrania.

Orzeczenie w sprawach najmu i dzierżawy uznaje par. 568 p. austr., jako skuteczne i wykonalne także wobec podnajemcy lub poddzierżawcy chyba, że zachodzi odrębny stosunek do wynajmującego lub wydzierżawiającego. Przepis ten jest słuszny, ale uwzględnić należy, że często umożliwia wyrządzenie znacznej szkody podnajemcy względnie poddzierżawcy, w razie bowiem porozumienia między wynajmującym lub wydzierżawiającym a najemcą lub dzierżawcą możliwem jest usunięcie podnajemcy lub poddzierżawcy z przedmiotu i odjęcie mu wszelkiej obrony, chociaż według treści umowy z najemcą lub dzierżawcą usunięcie nie mogło nastąpić. Koniecznym jest więc przepis, że skuteczność oraz wykonalność wypowiedzenia jest zawisłą od tego, czy wobec najemcy lub dzierżawcy zachowano kres umówiony lub ustawowy.

i) **Koszta postępowania.**

Koszta pozwu nie powinny być zapłacone przez pozwanego, jeżeli powód wnosi go przed upływem czasu najmu tylko w celu uzyskania nakazu, na podstawie, którego mógłby prowadzić egzekucję. Natomiast powinny te koszta stanowić część kosztów postępowania, jeżeli najemca lub dzierżawca wnosi zarzuty i to przyjmuje też par. 612/2 p. węg.

k) **Projekt ustawy.**

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy następujące postanowienia:

Art. 1. Pozew o oddanie przez najemcę lub dzierżawcę nieruchomości lub jej części z powodu upływu czasu, przez który trwać ma

najem lub dzierżawa, może wnieść wynajmujący lub wydzierżawiający przed czasem, w którym stosunek ustaje, atoli tylko w ostatnich 6 miesiącach.

Jeżeli stosunek najmu jub dzierżawy może być rozwiązany tylko za uprzedniem wypowiedzeniem, można z pozwem połączyć wypowiedzenie i żądać oddania przedmiotu z upływem czasu wypowiedzenia; w tym przypadku dopuszczalny jest pozew na miesiąc przed czasem, w którym wypowiedzenie ma nastąpić.

Termin oddania przedmiotu najmu lub dzierżawy oznaczyć ma sąd w orzeczeniu stosownie do umowy stron lub ustawy, gdyby zaś orzeczenie zapaść miało dopiero po ustaniu stosunku najmu lub dzierżawy, należy pozwanemu polecić bezzwłoczne oddanie przedmiotu.

Art. 2. W pozwie o oddanie przez najemcę lub dzierżawcę wynajmującemu lub wydzierżawiającemu nieruchomości lub jej części z powodu upływu czasu może wynajmujący lub wydzierżawiający prosić, aby najemcy lub dzierżawcy bez uprzedniego przesłuchania polecono oddanie w czasie, w którym stosunek najmu lub dzierżawy upływa

Art. 3. Jeżeli żądanie wydania nakazu jest nieuzasadnione, odrzuca sąd pozew; od tej uchwały przysługuje powodowi rekurs. Jeżeli zaś żądanie jest uzasadnione, poleca sąd pozwanemu, aby pod rygorem egzekucji oddał powodowi przedmiot najmu lub dzierżawy w czasie, w którym ustąpienie w myśl ustawy lub umowy winno nastąpić.

Art. 4. Nakaz oddania doręczony być ma pozwanemu wraz z pozwem.

Przeciw nakazowi oddania nie jest dopuszczalny rekurs, wolno natomiast pozwanemu wnieść zarzuty i to do dni 3, jeżeli idzie o stosunek najmu, a do dni 8, gdy idzie o oddanie przedmiotu dzierżawy; kresy te są nieprzekraczalne.

W nakazie oddania należy pouczyć pozwanego o dopuszczalności zarzutów i o czasie, w którym to ma nastąpić. Zarzuty powinny zawierać fakta i dowody, które pozwany zamierza przytoczyć na rozprawie; zaniechanie tego obowiązku nie pociąga niekorzystnych skutków dla pozwanego, należy jednak nałożyć na niego obowiązek wynagrodzenia powodowi kosztów, jeżeli z powodu zaniechania nastąpi przewleczenie postępowania.

Art. 5. Spóźnione zarzuty należy odrzucić, od czego pozwanemu przysługuje rekurs.

Na zarzuty na czas wniesione wdraża się zwyczajne postępowanie sądowe. To wdrożenie winno nastąpić odnośnie do wszystkich pozwanych, jeżeli choćby jeden z nich na czas wniósł zarzuty.

Cofnięcie pozwu jest dopuszczalne aż do czasu, kiedy sąd wydał nakaz oddania; cofnięcie zarzutów jest dopuszczalne aż do ukończenia

postępowania w pierwszej instancji, pozwany winien jednak w tym przypadku wynagrodzić powodowi koszta.

Art. 6. Po przeprowadzeniu postępowania orzeka sąd, czy nakaz oddania ma być utrzymany w mocy czy też uchylony. Utrzymanie nakazu oddania winno nastąpić, jeżeli w chwili wydania orzeczenia uzasadnione jest żądanie oddania przedmiotu, chociażby było bezpodstawne w czasie wydania nakazu oddania; jeżeli oddanie winno nastąpić w czasie innym od wymienionego w nakazie, należy czas oddania odpowiednio sprostować.

Art. 7. Nakaz oddania nie zaczepiony zarzutami stoi na równi z prawomocnym wyrokiem sądowym.

Prawomocny nakaz oddania i prawomocny wyrok orzekający oddanie wynajmującemu lub wydzierżawiającemu przedmiotu najmu lub dzierżawy traci swoją wykonalność z upływem dni 14 czasu, kiedy całkowite oddanie miało nastąpić, jeżeli wynajmujący lub wydzierżawiający nie wniósł w tym czasie prośby o przymusowe odebranie przedmiotu.. Jeżeli do prawomocności wyroku doszło po wymienionym czasie, orzeczenie traci moc wykonalności w przeciągu dni 14 od doręczenia wynajmującemu lub wydzierżawiającemu ostatecznego orzeczenia sądowego nakazującego oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy.

Art. 8. Prawomocny nakaz oddania lub prawomocny wyrok nakazujący najemcy lub dzierżawcy oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy jest skuteczny i wykonalny także wobec podnajemcy lub poddzierżawcy, jeżeli tylko wobec najemcy zachowano kresów umownych lub ustawowych; przed usunięciem podnajemcy lub poddzierżawcy należy przez tegoż przesłuchanie w sądzie egzekucyjnym lub sprawującym nadzór nad prowadzeniem egzekucji stwierdzić należyte zachowanie kresu.

Podnajemca lub poddzierżawca może przystąpić do procesu przeciw najemcy lub dzierżawcy; w tym przypadku przysługują mu wszelkie prawa strony.

Art. 9. Jeżeli najemca lub dzierżawca przed upływem czasu najmu lub dzierżawy domaga się od wynajmującego lub wydzierżawiającego ustalenia, że stosunek najmu lub dzierżawy upływa w pewnym oznaczonym czasie, nie ma wykazywać interesu prawnego w tem ustaleniu. Z pozwem takim może najemca lub dzierżawca połączyć wypowiedzenie stosunku wynajmującemu lub wydzierżawiającemu.

Art. 10. Jeżeli w procesie o oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy z powodu upływu czasu obydwie strony nie jawią się na terminie sądowym, a czas oddania już upłynął, należy pozew odrzucić; wniosek o przywrócenie do pierwotnego stanu nie jest wykluczony.

Art. 11. W sprawach o oddanie przedmiotu najmu lub dzierżawy opierających się na tem, że upłynął umowny lub ustawowy czas trwania, dalej o ustalenie, że stosunek upływa z pewnym czasem, wynosi kres do wniesienia środków prawnych lub prośby o przywrócenie do pierwotnego stanu 8 dni od doręczenia orzeczenia względnie ustania przeszkody uniemożliwiającej dokonanie czynności sądowej.

Art. 12. Koszta pozwu nie mają być przyznane powodowi, jeżeli przed upływem czasu trwania stosunku najmu lub dzierżawy wnosi pozew i żąda wydania nakazu, a pozwany nie wnosi zarzutów. W razie wniesienia przez pozwanego zarzutów koszta pozwu stanowią część kosztów postępowania.

5) Postępowanie w innych sprawach.

A) Postępowanie syndykackie.

Prawo austrjackie określa jako odrębne postępowanie w sprawach o odszkodowanie z powodu naruszenia obowiązków urzędników sądowych, wątpliwem jest jednak, czy to postępowanie uważane dawniej za nadzwyczajny środek prawny (tak ma się rzecz jeszcze obecnie w procedurze tureckiej, por. Ranzi, Das Verfahren vor den Zivilgerichten des türkischen Reiches 1900, str. 179) ma być jako odrębne uważane (za tem Ott, str. 307). Odrębność polega na wyłącznej właściwości sądów apelacyjnych, wobec czego rewizja jest wykluczona, polega dalej na tem, że w myśl par. 14 ust. synd. i par. 601 p. c. dopuszczalne jest odłożenie postępowania aż do ukończenia postępowania dyscyplinarnego i to nawet przed ustną rozprawą sporną, dalej na tem, że stronie powodowej przysługuje prawo wglądu w akta postępowania dyscyplinarnego, a wreszcie na tem, że celem wydobycia należnej kwoty możliwem jest uzyskanie nakazu zapłaty przeciw urzędnikom sądowym, jeżeli państwo zasądzono na zapłatę i zapłata nastąpiła; nakaz ten może być jednak uzyskany tylko pod pewnemi warunkami a urzędnikowi przysługują przeciw niemu zarzuty.

Zdaniem naszem osobne postępowanie w sprawach syndykackich nie powinno istnieć. Wprowadzenie osobnej właściwości sądów nie jest odpowiednie, a bezwarunkowo nie usprawiedliwia jeszcze samo przez się odrębnego postępowania. Co do nakazów zapłaty zaś, które dla dochodzenia roszczeń regresowych istnieją w prawie austrjackiem, zaznaczyć należy, że są one nieodpowiednie, pomijając, że powstają wątpliwości, kiedy nakaz może być wydany, a kiedy jest wykluczony; wskazać też należy na to, że spór ma być prowadzony przez sąd apelacyjny, gdy się wydaje nakaz, a przez sąd według ogólnych zasad właściwy, gdy się go nie wydaje, co bezwarunkowo nie jest odpowiednie.

Tylko jeden wyjątek uznać należy jako uzasadniony a mianowicie dopuszczalność odłożenia procesu aż do czasu ukończenia postępowania dyscyplinarnego, to jednak powinno nastąpić tylko wtedy, gdy orzeczenie dyscyplinarne jest prejudycjalnem dla orzeczenia sądowego (por. Sander, Die Syndikatsklage 1909 str. 117 i nast.); taki przepis nie powinien jednak być wyjątkowym dla spraw syndykackich, lecz powinien być ogólną zasadą postępowania sądowego, bo i w sprawach innych przerwa procesu z powodu toczących się dochodzeń dyscyplinarnych winna nastąpić, jeżeli wynik tychże może mieć wpływ na orzeczenie sądowe.

B) Sprawy rachunkowe.

a) Ogólne uwagi.

O procesie rachunkowym mówić można w rozmaitem znaczeniu. Rachunkowym jest proces, gdy wiele pozycji pozwu lub obrony pozwanego należy badać, aby dojść do wyniku, mówi się także o procesie rachunkowym, gdy pozwany jest zobowiązany przedłożyć rachunki, wreszcie, gdy strona zobowiązana do złożenia rachunków uczyniła temu zadość i dąży do tego, aby je uznano za słuszne. Niektóre ustawodawstwa uwzględniają wszystkie poszczególne przypadki spraw rachunkowych, albo też tylko niektóre z nich, i zawierają przepisy bądź więcej, bądź mniej szczegółowe, pytanie więc zachodzi, czy wprowadzić należy odrębne postępowanie dla spraw, w których idzie o jedną z podniesionych kwestyj.

b) Proces, w którym badać należy większą ilość pozycji.

Par. 348 p. c. niem., par. 245 i nast. p. c. austr. i par. 255 i nast. p. c. węg. stanowią, że w trybunale postępowanie przygotowawcze może być wdrożone przed sędzią wyznaczonym celem należytego przygotowania do rozprawy materjału faktycznego, a według prawa austrjackiego także materjału dowodowego, w sądach powiatowych jest ono wykluczone, bo sędzia samoistny może sam dokładnie ugrupować materjał faktyczny, to też i przed trybunałem uznać należy postępowanie przygotowawcze jako niedopuszczalne, jeżeli sprawa ma być załatwioną przez jednego sędziego. Postępowanie przygotowawcze ma być wdrożone według par. 348 p. niem., par. 245 p. austr. i par. 255 p. węg. w szczególności w sprawach dotyczących słuszności rachunku, a więc w takich, w których znaczna ilość pretensji i zarzutów ma być badaną.

Postępowanie przygotowawcze ma charakter śledztwa cywilnego. Nie można go jednak uważać za odpowiednie nawet tam, gdzie sprawę

prowadzi się w zespole, który nie może jej badać w ten sposób, jak jeden sędzia. Postępowanie to narusza zasadę bezpośredniości, a wyłom w niej nie jest potrzebny, bo sąd wypytując dokładnie strony może przy rozprawie stan rzeczy wyjaśnić. I w sprawach rachunkowych więc należy zarzucić postępowanie przygotowawcze a bezwarunkowo, gdy odbyła się już rozprawa. Podnieść to należy, bo w nowszych czasach we wszystkich sprawach chce się wprowadzić postępowanie przygotowawcze przed sędzą jednostkowym, co jednak z wielu stron uznano jako nieodpowiednie (por. Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprocesses 1914 str. 48 i nast.).

Postępowanie przygotowawcze okazało się w praktyce jako nieodpowiednie i dlatego zarzucono je całkowicie, co też przemawia przeciw tegoż wprowadzeniu w sprawach rachunkowych.

Zastanowić się wypada jeszcze nad tem, czy wskazane jest wprowadzenia systemu polecenia stronom wymiany pism przygotowawczych, który to system przyjęty jest w prawie rosyjskim a w prawie austrjackiem w sądzie powiatowem odnośnie do spraw rachunkowych i t. p. Jakkolwiek zdaniem naszem stronom powinna być daną możność wnoszenia pism dla należytego przygotowania i wyjaśnienia rzeczy, to jednak sąd nie powinien nakazywać ich wnoszenia, bo przez to narusza się zasadę ustności, która, jak doświadczenie uczy, jest odpowiednią.

c) Proces o złożenie rachunków.

Spór o złożenie rachunków nie różni się od innego sporu, gdyż badać z nim należy tylko, czy zachodzi stosunek uzasadniający złożenie rachunku, odrębnego postanowienia nie należy więc co do tego wprowadzać; kwestja zaś, kiedy powód wystąpić może z żądaniem złożenia rachunków a kiedy winien wprost domagać się zapłaty, nie ma być unormowaną w postępowaniu procesowem, bo jest ona kwestją materjalno-prawną.

Powstaje natomiast pytanie, czy wprowadzony być ma obowiązek zaprzysiężenia rachunków, czy więc takie żądanie uznać wypada jako dopuszczalne; jeżeli przyjmiemy, że obowiązek zaprzysiężenia jest obowiązkiem materjalno-prawnym, to nie należy o nim traktować w procedurze cywilnej, jeżeli zaś obowiązek zaprzysiężenia uważać będziemy jako obowiązek procesowy, to należy co do niego osobne umieścić postanowienie.

Zdaniem naszem należy uznać roszczenie o zaprzysiężenie jako procesowe i dlatego wyraźnie je określić w ustawie. Zaprzysiężenie ma nastąpić w sądzie a nie może być dokonane w sposób inny, to też roszczenie na nie skierowane jest procesowem (por. Weinberger, Die

Klage auf Ablegung des Manifestationseides w Czasopiśmie Grünhuta t. 35 str. 28 i nast.). Obowiązek zaprzysiężenia powinien się odnosić wyłącznie do dochodów a nie do rozchodów, z natury rzeczy bowiem wynika, że idzie jedynie o uzyskanie wiadomości co do dochodów; jeżeli wydatki są opuszczone, to strona przeciwna nie ponosi przez to żadnej szkody, jeżeli zaś oddano je w kwocie wyższej od rzeczywistej, to uprawniony łatwo może stwierdzić, czy odpowiadają prawdzie i jest w stanie w procesie wykazać nieprawdziwość twierdzeń przeciwnika, zaprzysiężenie jest więc zbędne.

Oprócz kwestji obowiązku zaprzysiężenia nie należy innych normować, w szczególności w jaki sposób ma być wymuszony obowiązek złożenia rachunków, to należy bowiem do postępowania egzekucyjnego; przy ustaleniu sposobu egzekucji należy też zastanowić się nad tem, czy w razie oporu zobowiązanego rachunek ma być na jego koszt sporządzony i czy w tym celu mają mu być odebrane księgi i papiery, co stanowi art. 911 proc. ros. i par. 306 proc. zurychskiej. Również do postępowania egzekucyjnego należy załatwienie kwestji, jak postąpić należy w przypadku, gdy uprawniony twierdzi, że rachunek zobowiązanego jest dowolny, bo zawiera tylko ogólne cyfry i nie jest poparty żadnymi dokumentami. Zdaniem naszem w tym przypadku dopuścić należy sporządzenie rachunku przez sąd, który w tym celu może też przymusowo odebrać wszelkie papiery od zobowiązanego.

d) Proces o uznanie rachunku.

Dawne ustawodawstwa znały spór o uznanie rachunków a także i nowsze przyjmują go jak n. p. procedura zurychska z roku 1913: spór ten polega na tem, że ten, kto sądownie złożył rachunki, mógł żądać, aby przeciwnika wezwano do wniesienia zarzutów pod rygorem, iż gdyby to w przeciągu oznaczonego kresu nie nastąpiło, rachunek uważa się za prawdziwy (w teorji jest wątpliwym, czy w tym wypadku mamy do czynienia z procesem, por. Reinhold, Der oesterr. Rechnungsprocess 1890 str. 11).

Zdaniem naszem nie jest potrzebne wprowadzenie osobnego postępowania celem ustalenia słuszności rachunku, bo ten, kto go złożył, może w drodze skargi o ustalenie żądać, aby uznano go za słuszny. Conajwyżej możnaby postanowić, że wykazanie interesu w ustaleniu jest zbędne, jeżeli tylko zachodzi stosunek uzasadniający złożenie rachunku, dalej możnaby umieścić przepis, że sąd nie musi orzec o tem, czy cały rachunek jest uzasadniony, lecz może jedynie co do poszczególnych pozycji wydać orzeczenie, jeżeli strony tego żądają; ale i te postanowienia uważamy jako niepotrzebne, bo wynikają z ogólnych zasad o postępowaniu. Także w interesie tego, komu składa się rachu-

nek, nie zachodzi potrzeba unormowania osobnego procesu rachunkowego, bo może on wnieść albo pozew o świadczenie, opierając się na tem, że poszczególne pozycje rachunku są nierzetelne, albo też pozew o ustalenie, że rachunek jest nieodpowiedni (tak samo de lege ferenda Reinhold str. 65).

e) **Inne sprawy.**

Niektóre ustawodawstwa znają osobny proces o zakaz budowy, proces taki jest jednak niepotrzebny, bo proces posesoryjny jest wystarczający, w razie gdy nastąpiło naruszenie posiadania. Jeżeli zaś grozi tylko naruszenie, wówczas możliwem jest wniesienie pozwu o zaniechanie, a do tego nie jest potrzebne osobne postępowanie.

Niektóre stawodawstwa wprowadzają osobne postępowanie dotyczące budowy, ale dlatego, że władza budowlana orzeka o dopuszczalności wykonania robót tylko ze stanowiska ustawy budowlanej, a co do kwestji prywatno-prawnej odsyła strony do drogi procesu i ze względu na to wprowadza się osobne postanowienia procesowe; postanowienia takie są jednak zbędne, jeżeli bowiem przed władzą budowlaną powstaje kwestja prywatno-prawna a od jej rozstrzygnięcia jest zawisłe pytanie, czy prowadzenie budowy jest możliwe, to niewątpliwie zachodzi interes w ustaleniu i dlatego dopuszczalny jest spór o ustalenie prawa stojącego na przeszkodzie prowadzeniu budowy.

Z innych procesów należałoby wymienić proces o konfiskatę majątku przeciw dezerterowi, który normowała pruska ordynacja sądowa (por. Koch, Der preusische Zivilprocess 1848 str. 740 i nast.). Procesy tego rodzaju były w czasie wojny bardzo aktualne, ale zdaniem naszem osobne postępowanie nie jest potrzebne, ani w przypadku dezercji, ani w przypadku, gdy chodzi o odszkodowanie przeciw osobie, która dopuściła się zdrady głównej; co najwyżej możnaby postanowić, że zabezpieczenie majątku na rzecz państwa ma się odbyć pod ułatwionemi warunkami.

Dr. J. Skąpski

Nadzwyczajne procesy cywilne.

(Korreferat).

Jako »Nadzwyczajne procesy cywilne« projektuje prof. Allerhand: postępowanie mandatowe z poddziałami na nakazowe (z dokumentów publicznych i legalizowanych, weksli i czeków) i upominawcze, postępowanie w sprawach drobiazgowych, proces o ochronę posiadania i postępowanie ze stosunku najmu lub dzierżawy; z innych procesów nadzwyczajnych odrzucił postępowanie w sprawach syndykackich, procesy rachunkowe, o zakaz budowy i unormowany dawną ordynacją pruską proces o konfiskatę majątku.

Podane przez referenta racje dla uzasadnienia odrzucenia wymienionych kategorji nadzwyczajnych procesów nie wymagają uzupełnienia. Ani charakterem, ani żadną szczególną właściwością nie usprawiedliwiają sprawy te odrębnych form postępowania, a temsamem nie wymagają wyjątkowych przepisów w stosunku do ogólnych norm procesowych.

Prócz omówionych w referacie prof. Allerhanda znają ustawodawstwa najrozmaitsze jeszcze inne rodzaje wyjątkowych postępowań czyli szczególnych procesów: proces sumaryczny, egzekucyjny z dokumentów, wywoławczy (provocatio ex lege diffaviari), wyliczone w księdze III. proc. ros. wyjątki od ogólnego trybu postępowania, jak procesy w sprawach zarządu skarbowego, w sprawach o odszkodowanie z powodu zawinienia urzędników administracyjnych i t. d.

Także i te procesy nie powinny znaleźć wstępu do polskiej procedury cywilnej.

Nadzwyczajne procesy jako wyjątki od ogólnego trybu postępowania łamią zasadniczą strukturę procesu i obciążają ustawę; tylko wyjątkowa i doświadczeniem sprawdzona konieczność może im otworzyć drogę do kodeksu.

Nadzwyczajny rozwój zawdzięczają procesy szczególne tylko wadliwej strukturze dawnego procesu i wadliwszemu jeszcze wykonywaniu ustaw procesowych. Z pod martwych form tego procesu wyłamywały się siłą swej żywotności coraz to nowe stosunki prawne, domagając się odpowiedniejszej dla swych potrzeb zastosowanej ochrony. Spór o naruszenie posiadania, nowa opera lub sumę wekslową nie mógł znaleść racjonalnego rozwiązania w dawnym »rotule aktów«, a także i sprawy rodzinne i małżeńskie nie mogły wyczekiwać prawomocności przez pokolenia.

Drogą takich konieczności życiowych powstawały procesy nadzwyczajne. Najpierw wyjątki od zasad, przeszedłszy następnie szczęśliwie próbę doświadczeń, zdobywały niejednokrotnie te wyjątkowe procesy stanowisko zasady. Budowa dzisiejszego procesu wchłonęła rezultaty tych doświadczeń i przetopiła wypróbowane elementa poszczególnych struktur, nadzwyczajnych procesów w jednolitą całość o takiem rozpięciu form prostolinijnych, wśród których zbyteczne są załamania. Projektowana procedura polska oprzeć się ma o zasady ustności, bezpośredniości i swobodnego przekonania sędziowskiego, oraz o prawdę materjalną do potrzeb cywilnego prawa zastosowaną. W kierunku tych właśnie zasad odchylały się najczęściej nadzwyczajne procesy od dawnych systemów, straciły więc rację bytu z chwilą, kiedy zasady przeszły albo przejść mają do systemu. Z drugiej strony jest dążeniem będących w toku prac kodyfikacyjnych stworzyć takie ramy postępowania, wśród których wymiar sprawiedliwości byłby, o ile możności jak najlepiej zagwarantowany, ale zarazem jak najszybszy. O ile więc racją powstania niektórych procesów szczególnych była potrzeba szybszego tempa, to i ten wzgląd nie może uzasadniać odrębności wobec tejsamej przewodowej myśli dla całej ustawy.

Nie wynika stąd wszakże, aby w polskiej procedurze wyeliminować wszystkie wyjątkowe procesy.

Weksel i czek jako papiery cyrkulacyjne spełniają nader ważną funkcję w życiu ekonomicznem, a byłoby to niemożliwem, gdyby im ustawa nie zapewniła specjalnej ochrony prawnej. Idzie zaś tutaj nie tylko o szybkość postępowania, ale także o zabezpieczenie, a w ogóle przystosowanie wyjątkowych form procesowych do wyjątkowego prawa materjalnego — czekowego i wekslowego.

Także proces małżeński nie może zmieścić się w ramach zwyczajnego postępowania.

Konieczność wyodrębnienia procesu małżeńskiego uzasadniona jest ratione materiae. Małżeństwo nie jest prywatno-prawną instytucją i dlatego prawo małżeńskie w przejawach swoich natury publicznej leży poza sferą prywatno-prawnej dyspozycji. Z tego zaś założenia wyni-

kają dwie konsekwencje: że ogólne postępowanie urzędowe dla celów czysto cywilnych, nie nadaje się dla spraw małżeńskich i że odrębne postępowanie w tych sprawach wiąże się ściśle z materjalnem prawem małżeńskiem. Zgodnie z tem uchwaliła sekcja procesowa odłożyć postępowanie w sprawach małżeńskich aż do uchwalenia projektu prawa małżeńskiego. Wspominało się o tem jedynie dla zaznaczenia, że postępowanie w sprawach małżeńskich jako nadzwyczajny proces ma rację bytu i znajdzie pomieszczenie w osobnym rozdziale ustawy procesowej.

Odnośnie do poszczególnych projektów referenta zauważam:

I. Postępowanie nakazowe.

Postępowanie to stanowi wedle projektu jedną z dwóch kategorji postępowania mandatowego, jest fakultatywne i może być wdrożone na podstawie dokumentu publicznego lub prywatnego, legalizowanego, albo też na zasadzie weksla lub czeku. W obydwóch wypadkach postępowanie jest jednakie. Referent słusznie nie poszedł za wzorem niem. i nie przyjął postępowania dokumentowego w typie niem. (Urkundenprocess) o ograniczonej kognicji.

W projekcie, który wzoruje się na prawie austr., uważam za niewłaściwe:

1) Projekt normuje promiscue postępowanie na podstawie dokumentów, weksli i czeków. Pomieszanie tych postanowień nie odpowiada ani naturze uregulowanych nimi materji, ani względom technicznym. Weksel i czek jużto ze względu na ścisłe konstrukcje materjalne, jużto ze względu na wyjątkowe stanowisko w życiu ekonomicznem i wyjątkowe funkcje (papiery cyrkulacyjne) wymagają specjalnej ochrony za pomocą równie rygorystycznych form procesowych. Takiego wymagania nie usprawiedliwiają pretensje inaczej udokumentowane. Jeżeli mimo to niektóre ustawodawstwa wprowadzają dla nich odrębne postępowanie, to dzieje się to nie tyle w interesie obrotu, (jak przy wekslach i czekach) jak raczej ze względów ekonomji procesowej. Mimo tej zasadniczej różnicy celów, projekt reguluje jednolite postępowanie, zamieszczając jedynie w różnych miejscach wyjątkowe postanowienia dla użytku prawa wekslowego (2, 5, 6, 9.). Metoda ta nietylko pozbawia ustawę przejrzystości, ale nadto pociąga za sobą niepożądane konsekwencje, o których mowa poniżej:

2) Według art. 4. nakaz zapłaty lub zabezpieczenia nie może być wydany, jeżeli pozwany jest nieobecny, a doręczenie może nastąpić tylko do rąk kuratora. Nawet wydany już nakaz zapłaty lub zabezpieczenia ma być uchylony z urzędu, jeżeli się okaże, że doręczenie do rąk własnych nie da się uskutecznić.

Przepis ten wspólny dla wszystkich dokumentów może być odpowiedni i celowy dla postępowania mandatowego z dokumentów zwyczajnych, ale nie jest pożądany, a może być nawet szkodliwy w procesie wekslowym i czekowym. Zaprojektowanie takiego przepisu za wzorem art. 610 proc. węg. usprawiedliwia referent w motywach uwagą, że kurator nieobecnego zawsze wniesie zarzuty i dlatego wydawanie nakazu zapłaty w takich przypadkach byłoby bezcelowe. Ta uwaga wszakże nie załatwia sprawy. Według art. 7 proj. powód ma prawo po wniesieniu zarzutów domagać się egzekucji na zabezpieczenie na podstawie nakazu zapłaty nieprawomocnego, a wniesienie zarzutów przez kuratora obsentis pociągnie za sobą tensam skutek — może najważniejszy w całym procesie wekslowym. Wierzyciel wekslowy będzie miał możność zabezpieczenia się na majątku dłużnika nieobecnego na zasadzie nieprawomocnego nakazu zapłaty, jeżeli wydanie takiego nakazu zapłaty będzie dopuszczalne; w razie przeciwnym będzie traktowany na równi z każdym innym wierzycielem, a częstokroć nawet gorzej. w każdym razie nie będzie miał z weksla właściwie żadnej korzyści.

Doświadczenie wykazuje, że przypadki nieobecności dłużnika wekslowego pociągające za sobą niemożność doręczenia wcale nie są rzadkie, pominąwszy bowiem wszystkie inne sytuacje przypadkowe można było już w czasach normalnych zaobserwować stale powtarzające się zjawisko, że dłużnicy w opresjach finansowych chętnie wyjeżdżają do miejsc kąpielowych... nikomu nie znanych czyli znikają, w każdym razie są nieobecni w środowisku swojej działalności i swoich zobowiązań. Nie ma żadnej racji, aby takich dłużników wekslowych forytować ze szkodą wierzycieli odesłanych na drogę zwykłego procesu bez możności zabezpieczenia. Wzór węg. par. 610 nie wystarczy jako argument, jeśli się zważy, że postępowanie mandatowe według ustawy węgierskiej odnosi się niotylko do weksli i czeków, ale także do przekazów i innych zobowiązań kupieckich i nie zawiera postanowienia anal. do art. 7 proj.

3) Art. 5 proj. postanawia:

Jeżeli pozew nadaje się do wdrożenia postępowania sądowego, ale wydanie nakazu zapłaty lub zabezpieczenia nie jest dopuszczalne, wówczas Sąd odmawia wnioskowi powoda i wdraża zwyczajne postępowanie sądowe.

Także i ten artykuł zdaniem mojem nie nadaje się jako wspólna norma dla postępowania mandatowego z dokumentów i dla procesu wekslowego, oraz czekowego.

Przedewszystkiem nie ściśłe jest wyrażenie »wdraża zwyczajne postępowanie sądowe« i może być powodem wątpliwości zwłaszcza w postępowaniu trybunalskiem. Według projektu prof. Fiericha zasadniczo przez sekcję już przyjętego (art. 6) w postępowaniu zwyczajnem

Sąd wyznacza na podstawie skargi czasokres do wniesienia pisemnej odpowiedzi. Z brzmienia art. 5 proj. wynikałoby zatem, że Sąd odmówiwszy wnioskowi o wydanie nakazu zapłaty, powinienby wyznaczyć czasokres do pisemnej odpowiedzi zarówno na skargę mandatową z dokumentu, jak i na skargę wekslową i czekową. Przeciw takiemu zarządzeniu w pierwszym przypadku nie byłoby nic do zarzucenia, w procesie wekslowym wyznaczanie terminu do odpowiedzi pisemnej zamiast bezpośredniej rozprawy ustnej budzi poważne wątpliwości. Zdaje się, że także w intencji referenta leżało przyspieszenie postępowania przez wyznaczenie zaraz po skardze terminu do rozprawy ustnej, nie zaś do pisemnej odpowiedzi, jak w postępowaniu zwyczajnem. W tym kierunku mówią motywa: »kurator pozwanego zawsze wnosi zarzuty i dlatego okazuje się wydanie nakazu zbędne, zaczem jest wskazane, aby natychmiast wyznaczono termin do rozprawy« — z tekstu art. 5 wynika jednak przeciwieństwo.

4) Tesame wątpliwości odnoszą się także do art. 4, który również mówi o wdrożeniu »zwyczajnego postępowania sądowego« zamiast o wyznaczeniu rozprawy.

5) Ostatnie słowa art. 6 »termin do postępowania« należałoby zastąpić ściślejszem określeniem: termin do rozprawy ustnej.

6) W art. 2-gim jest mowa o przyjemcy, zwrotnie zobowiązanym i innej osobie, która zaciągnęła zobowiązanie wekslowe, niema zaś wzmianki o wystawcy weksla własnego. Robi to wrażenie, jak gdyby postępowanie wekslowe było możliwe tylko na zasadzie weksla przekazowego, a w każdym razie nie możnaby na podstawie tekstu art. 2 wydać nakazu zapłaty przeciw wystawcy weksla własnego, znanego obowiązującym ustawodawstwom i unormowanego w projekcie prawa weksl. K. K. (art. 98—101 proj. prof. Dolińskiego). Dla uniknięcia wątpliwości należałoby w pierwszym wierszu po słowach »przeciw przyjemcy« dodać: »wystawcy weksla własnego«.

7) Według art. 1 proj. dopuszczalne jest postępowanie mandatowe na podstawie dokumentu publicznego lub prywatnego odpowiednio legalizowanego, stwierdzającego istnienie pretensji pieniężnej: innych warunków do wydania nakazu zapłaty projekt nie wymaga. Wynikałoby stąd, że sąd byłby zmuszony wydać nakaz zapłaty nawet dla pretensji bez tytułu, gdyby była stwierdzona dokumentem. Gdy żadna pretensja bez tytułu nie da się pomyśleć, sąd przed wydaniem nakazu zapłaty musi mieć możność zbadania, czy tytuł istnieje i czy nie jest przeciwny prawu; nie dający tej możności dokument choćby należycie legalizowany, lub nawet publiczny, nie powinien być podstawą do wydania nakazu zapłaty.

Nie można zapominać i o tem, że prawomocny nakaz zapłaty

ma skutek prawomocnego wyroku (art. 7); ocenienie późniejszego zarzutu rei iudicatae byłoby utrudnione, gdyby ani dokument, ani mandat nie podawał przyczyny zobowiązania.

Dla uniknięcia wątpliwości byłoby zdaniem mojem wskazane do art. 1. proj. dodać za wzorem par. 548 proc. austr., że dokument wówczas może tylko służyć za podstawę do wydania nakazu zapłaty, jeżeli podaje zasadę prawną (tytuł) zobowiązania.

Postępowanie upominawcze.

W motywach przedstawia referent wszechstronne momenty przemawiające za i przeciw wprowadzeniu tego postępowania. Na oświadczenie się za wpłynęły względy: na ekonomję procesową (odciążenie postępowania i sądu) i obowiązujące już w dwóch dzielnicach analogiczne przepisy.

Obydwa te względy nie usprawiedliwiają jednak dostatecznie postępowania upominawczego, nie równoważą bowiem tkwiącego w niem niebezpieczeństwa, pochodzącego stąd, że ludność — jak to słusznie podniósł referent — przyzwyczajona do audjencyj sądowych, może łatwo zaniedbać sprzeciwu. Na doświadczenie jako niezawodny probierz właściwie w żadnej dzielnicy nie można się powołać bez zastrzeżeń. W Małopolsce obowiązuje postępowanie upominawcze z roku 1873 dopiero od noweli z roku 1914, a i odtąd bardzo mało jest w użyciu. Przyznać jednak należy, że w ostatnich czasach przynajmniej w zachodniej Małopolsce statystyka wykazuje pewien wzrost w tym kierunku. Jestto wszakże następstwem nietyle korzyści postępowania upominawczego ile raczej postępującego niestety rozstroju sądownictwa i wynikającej stąd powolności. Z motywów rządowych do noweli z 1914 r. wynika, że także w innych krajach austrjackich postępowanie upominawcze nie zbyt wielkie miało zastosowanie, skoro zmieniono lub skreślono niektóre przepisy tylko dlatego, aby, jak się wyrażają motywa, usunąć dotychczasowe przeszkody w praktycznem zastosowaniu tego postępowania (vide motywa rządowe do par. 16).

W Węgrzech obowiązywało postępowania upominawcze od roku 1893, atoli nie miało również powodzenia. W motywach rządowych do nowej procedury węgierskiej zaprowadzającej to postępowanie w odmiennej formie jest wzmianka, że »z postępowania tego strony tyko w małej mierze robią użytek dzięki temu, że ustawa zanadto ułatwia wniesienie sprzeciwu (sprzeciw wolno było według poprzedniej ustawy węgierskiej wnieść także wobec organu doręczającego nakaz zapłaty).

Doświadczenie z Wielkopolski nie może mieć rozstrzygającego znaczenia dla projektu, który w zasadniczym punkcie różni się od

ustawy niemieckiej. Według projektu niewniesienie sprzeciwu w przeciągu dni 14-stu od doręczenia nakazu zapłaty pociąga za sobą prawomocność i wykonalność tego nakazu zapłaty na równi z prawomocnym wyrokiem. Daleko dłuższą jest droga do prawomocności według procedury niem. zgodnej w tym kierunku zupełnie z projektem półn. Niem. Przeciw nakazowi zapłaty według procedury niem wnieść może dłużnik sprzeciw kiedykolwiek, dopóki nie wydano zarządzenia wykonawczego; sprzeciw taki uchyla moc prawną nakazu (694 i 696). Jeżeli sprzeciwu nie wniesiono, sąd może uznać na wniosek wierzyciela nakaz zapłaty za wykonalny, ale dłużnik i taki nakaz wykonawczy może uchylić za pomocą niemotywowanego sprzeciwu, gdyż nakaz wykonawczy co do skutków prawnych równa się wyrokowi zaocznemu. Jeżeli zaś w przeciągu sześciu miesięcy wierzyciel nie poda o nakaz wykonawczy, to nakaz zapłaty choćby nawet niezaopugnowany sprzeciwem traci moc prawną. Także i według procedury węgierskiej wolno wnieść sprzeciw nietylko w przeciągu dni 15 stu od doręczenia nakazu zapłaty, ale nadto jeszcze w przeciągu dni 15-stu od doręczenia uchwały egzekucyjnej na podstawie niezaopugnowanego nakazu zapłaty wydanej.

Jak z tego wynika, najrygorystyczniejsze w tym kierunku są przepisy projektu i dlatego w wyższym znacznie stopniu, niż te ustawy, uzasadniają poruszone przez referenta obawy. Jeżeli się jeszcze zważy, że w największej dzielnicy postępowanie takie było dotąd nieznane, to raczej należałoby przyjąć, że postępowanie upominawcze dla naszych stosunków nie jest odpowiednie. Stosunek korzyści do stron ujemnych tego postępowania nie ugruntował jego żywotności w innych ustawodawstwach, o czem świadczą wyżej wspomniane motywa ustawodawcze zarówno do procedury węg. jak i noweli austr.

· Na wypadek przyjęcia postępowania upominawczego proponuję następujące zmiany projektu:

1) Przeciw nakazowi zapłaty dłużnik może wnieść sprzeciw także po dozwoleniu egzekucji na podstawie tego nakazu zapłaty w przeciągu dni 14-stu od doręczenia uchwały zezwalającej na egzekucję.

Celem tego przepisu (analogiczne postanowienie 596 i 598 u. węg., 694 i 700 u. niem.) jest zapewnienie najdalej idącego bezpieczeństwa dla dłużnika czyli pozwanegö.

Według projektowanej struktury postępowania w sądzie powiatowym uchylać ma niemotywowany sprzeciw (opozycja) skutki wyroku zaocznego. Ustawa daje więc stronom dwukrotnie sposobność strzeżenia praw: raz przez doręczenie wezwania do rozprawy, drugi raz przez doręczenie wyroku zaocznego. Zbyt surowym i analogicznie nieusprawiedliwionym byłby rygor, że w postępowaniu upominawczem zapada prawo-

mocność już na skutek pierwszego zaniedbania. Surowość taka tem mniej byłaby uzasadnioną w społeczeństwie o tak znacznym procencie analfabetów.

Postępowanie upominawcze ma służyć tylko do uproszczenia postępowania przez sprawdzanie drogą uprzedniego mandatu i wyeliminowanie z wokandy sądowej tych spraw, których pozwany istotnie bronić się nie chce; nie może jednak postępowanie to odgrywać roli pułapki lub kary za nieświadomość, przeoczenie, czy też innego rodzaju zaniedbania. Dlatego projektuję sprzeciw także po uchwale egzekucyjnej w przeciągu dni 14-stu jako drugi środek kontrolny. Dopiero po upływie tego terminu byłby nakaz zapłaty prawomocny na równi z prawomocnym wyrokiem.

2) S p r z e c i w w j a k i e j k o l w i e k f o r m i e w n i e s i o n y u c h y l a n a k a z z a p ł a t y.

Prof. Allerhand stoi wprawdzie na temsamem stanowisku, ale uznaje równocześnie sprzeciw kwalifikowany. Zarzut niewłaściwości sądu uznaje za obligatoryjny w sprzeciwie ze skutkami prekluzji, a na pozwanego, który w sprzeciwie nie przytoczy faktów i dowodów przeciw roszczeniu powoda, nakłada obowiązek wynagrodzenia powodowi kosztów, które z powodu spóźnionego przytoczenia faktów lub dowodów powstały.

Przepis taki jest nieracjonalny i niesłuszny, nie ma także analogji w innych ustawach. Naczelną zasadą każdego postępowania procesowego jest dogmat: audiatur et altera pars.

Jeżeli wbrew tej zasadzie sąd wydaje polecenie zapłaty na podstawie jednostronnego i gołosłownego żądania bez przesłuchania drugiej strony, to dzieje się to tylko w interesie polityki, czy ekonomji procesowej, ale tylko zawsze pod warunkiem, że druga strona temu się nie sprzeciwi. Sprzeciw ma więc znaczenie protestu, który automatycznie niweczy cały mandat. Łączenie z tym sprzeciwem jakichkolwiek czynności procesowych pod zagrożeniem skutków zaniedbania sprzeciwiałoby się fundamentalnym zasadom postępowania; wszelką kwalifikację sprzeciwu zdaniem mojem należy odrzucić.

3) K a ż d y ś r o d e k o d w o ł a w c z y, (rekurs, odwołanie i t. p.) w n i e s i o n y p r z e c i w n a k a z o w i z a p ł a t y u w a ż a ć n a l e ż y z a s p r z e c i w.

Przepis ten za wzorem par. 595 u. węg. ma służyć do usuwania możliwych wątpliwości i zapobiegania komplikacjom na tle terminologji i reminiscencji z różnorodnych dotychczasowych systemów środków odwoławczych. Nie przyzwyczajona do nieustalonych zresztą terminologji ludność nie może ponosić szkody przez to, że protest przeciw nakazowi zapłaty zamiast sprzeciwem, nazwie apelacją, odwołaniem, zażaleniem, lub rekursem.

Ze względu na prostotę i jednolitość postępowania, byłbym także za skreśleniem rekursu w przedmiocie kosztów, o którym mówi art. 6 proj., i za utrzymaniem tylko sprzeciwu jako jedynego środka przeciw nakazowi zapłaty w postępowaniu upominawczem.

4) Jak z powyższego wynika, zmierzają proponowane tu zmiany do wzmocnienia gwarancji na korzyść dłużnika.

Ze względu jednak na różne przyzwyczajenia i odmienny stan kultury w różnych częściach Rzeczypospolitej, byłoby może wskazanem nie wprowadzać tego postępowania na całym obszarze państwa, pozostawiając w tym kierunku Ministerstwu Sprawiedl. mandat wprowadzenia tych przepisów w poszczególnych okręgach apelacyjnych.

Postępowanie w sprawaeh drobiazgowych.

Prócz austrjackiej żadna inna ustawa nie reguluje osobno wyjątkowego postępowania dla spraw drobnej wagi. Tzw. postępowania drobiazgowe (Bagatellverfahren) jest instytucją czysto austrjacką. Inne ustawodawstwa jak węg., niem. (par. 476) obecnie także proc. w Król. Polsk. obowiązująca (Dzu Nr. 1. dział I. poz. 5 art. 3) ograniczają się tylko do tego, że w sprawach drobnych wykluczają odwołanie.

Projekt idzie za wzorem austrjackim; pytanie, czy są w tym kierunku dostateczne racje?

Postępowanie drobiazgowe w obowiązującej obecnie ustawie austr. obejmuje zaledwie kilka przepisów, a różnica jego w porównaniu do zwykłego postępowania polega głównie na uproszczeniu protokołowania i ograniczeniu odwołania do przyczyn nieważności.

Całkiem inne, nierównie donioślejsze znaczenie miało postępowanie drobiazgowe w dawnym procesie austrjackim. Ustawy procesowe austr. z końcem XVIII wieku znały tylko postępowanie pisemne, bo tzw. ustny proces różnił się od pisemnego tylko nazwą; rozprawy ustnej w dzisiejszem słowa tego znaczeniu nie było. Aby przyspieszyć tempo procedury sądowej przynajmniej w niektórych sprawach, zaprowadzono w roku 1845 postępowanie sumaryczne, które jednak za przykładem dawnego tzw. ustnego postępowania wyrodziło się w czysto pisemny proces i nie wpłynęło ani na uproszczenie, ani na przyspieszenie wymiaru sprawiedliwości. Dzięki temu stworzyć musiano nowe typy dalszych wyjątkowych procesów dla urzeczywistnienia nieosiągniętych w postępowaniu sumarycznym celów. W ten sposób powstał proces prowizorjalny z 1849 r. dla spraw o naruszenie posiadania, awizacyjny z 1858 r., wekslowy z 1850 r., mandatowy z 1855 r. i 1859 r., upominawczy z 1873 r. i wreszcie drobiazgowy z 1873 r.

Proces drobiazgowy zbudowany na nowoczesnych zasadach postę-

powania zerwał z dotychczasowym systemem i był pierwszym rzeczywiście ustnym procesem. Obszerna ustawa zagwarantowała skuteczność przyjętych zasad także w ich praktycznem przeprowadzeniu, wskutek czego postępowanie to, przeszedłszy z dobrym rezultatem próbę doświadczenia, stało się wzorem i podwaliną dla późniejszego procesu ustnego. Tych kilka przepisów normujących w obecnie obowiązującej austr. ustawie procesowej, są raczej tylko reminiscencją historyczną dawnego postępowania drobiazgowego. Nieznaczne różnice — krótszy protokół i ograniczone odwołanie — nie stanowią właściwie odrębności o znamionach szczególnego typu postępowania. Osobne postępowanie drobiazgowe - jako proces wyjątkowy było zatem już zbyteczne w systemie prawa procesowego powstałego na gruncie zasad dawnego procesu drobiazgowego.

Projekt prof. Allerhanda jest bardzo zbliżony do ustawy austr. Po bliższem rozpatrzeniu projektowanych przepisów nie dostrzega się w nich zasadniczych różnic w stosunku do postępowania zwyczajnego. Przepisy art. 1 i 7 określają tylko ramy kompetencyjne; normy postępowania obejmują art. 2—6, z których trzy pierwsze nie przedstawiają wielkiej doniosłości. Pozostają zatem tylko dwie kwestje, tesame, które w ustawie austr. stanowią istotę tego postępowania: skrócony protokół rozprawy (art. 6) i ograniczenie odwołania (art. 5). Co do pierwszej kwestji zauważyć należy, że w tej chwili nie wiadomo jeszcze, czy i jak dalece projektowany przepis art. 6 będzie stanowił wyjątek od ogólnych zasad. Wyjątkiem byłby niewątpliwie, gdyby procedura polska przyjęła protokół austr., wyjątkiem nie będzie ani przy francuskim, ani przy niemieckim systemie. W każdym razie kwestja protokołowania nie odgrywa tak wybitnej roli w strukturze procesu, aby pewna modyfikacja zmieniała charakter postępowania zwłaszcza, jeżeli jest tylko fakultatywną, jak właśnie w projekcie.

Pozostaje zatem tylko ograniczenie odwołania jako jedyny wyjątek, na który bez zastrzeżeń zgodzić się można z tą jedynie uwagą, że zamiast kazuistyki art. 5 wystarczyć powinna nieważność jako przyczyna odwołania, skoro wyliczone w tym artykule przyczyny odwołania mają znamiona nieważności, o której była mowa w postępowaniu odwoławczem.

Pozatem niepodobna pominąć uwagi, że sprawa postępowania drobiazgowego była już rozważaną na posiedzeniach Sekcji. Zajmuje się nią referat prof. Dziurzyńskiego »Postępowania przed sądami powiatowymi« (Polska Procedura Cywilna str. 339, który projektuje następujące postanowienia:

Art. 13. Jeżeli żądana w skardze suma lub wartość przedmiotu sporu nie przekracza kwoty . . . . Mkp., albo jeżeli powód oświadcza

gotowość przyjęcia w miejsce przedmiotu skargi kwoty nieprzenoszącej powyższej kwoty (spory drobiazgowe), wówczas stosować należy następujące postanowienia:

1) Protokołowanie treści faktycznych twierdzeń stron zależy od uznania sądu.

2) Wyrok należy zawsze ogłosić ustnie. Wyrok ogłoszony w obecności obu stron staje się wobec nich skuteczny z chwilą ogłoszenia.

Jeżeli obie strony były przy ogłoszeniu obecne, pisemna redakcja wyroku nastąpi tylko na żądanie jednej ze stron, które postawić należy bezzwłocznie po ogłoszeniu wyroku.

Wyrok wydany w nieobecności choćby jednej strony doręczy się zawsze w pisemnej redakcji obu stronom.

3) Ogłaszając wyrok, zwróci sąd uwagę stron, że zaczepienie wyroku możliwe jest tylko z przyczyn stanowiących nieważność. Podobną uwagę zawierać ma także redakcja pisemna wyroku.

Projekt ten w zasadzie przez Sekcję już przyjęty rozwiązuje — jak to wynika z tekstu art. 13 — daleko prościej tosamo zagadnienie.

Ograniczając wyjątkowe postanowienia dla spraw drobnych do istotnych znamion (skrócony protokół, uproszczona publikacja wyroku i ograniczenie odwołania) nie komplikuje rzeczy fakultatywnemi normami i nie stwarza osobnego wyjątkowego procesu.

Z uwag tych wynikają następujące konkluzje:

1) Postępowanie w sprawach drobiazgowych jako osobny proces szczególny dla polskiej procedury cywilnej nie jest wskazane.

2) Na wypadek uznania potrzeby ustanowienia osobnych norm postępowania w sprawach drobnej wagi uważałbym projekt prof. Dziurzyńskiego za odpowiedniejszy ze względu na zwięzłe i proste ujęcie bez zbytecznych odchyleń od zwykłego trybu postępowania.

3) Wystarczy jednakże zamieszczenie w tytule o odwołaniu postanowienia, że w sprawach drobnych, których wartość nie przekracza sumy . . . . ., dopuszczalne jest odwołanie tylko z przyczyn nieważności.

Proces o ochronę posiadania.

Ochrona posiadania jest postulatem ładu prawnego i porządku publicznego; materjalne zaspokojenie tej potrzeby nie należy wszakże do ustawy procesowej. Natomiast procesową może być kwestja, jakim sposobem ma być ta ochrona wykonaną: w normalnym toku postępowania, czy też za pomocą odmiennych form postępowania, w szczególnym procesie possesoryjnym?

Nie wszystkie ustawy regulują to postępowanie. Nie zna go wcale procedura niem., ustawa ros. załatwia proceduralną stronę spraw o przywrócenie zakłóconego lub utraconego posiadania w art. 1496, bo przepisy 1310—1315 odnoszą się tylko do spraw zarządu skarbowego. Procedura franc. zawiera tylko kilka postanowień (23—27) podług których skargi possesoryjne dopuszczalne są w przeciągu roku od naruszenia, kognicja nie rozciąga się na tytuł prawny, komulacja skargi possesoryjnej z petitoryjną zakazana. powództwo petitoryjne wyklucza possesoryjne, a pozwany possesoryjnie może uciekać się do drogi petitoryjnej dopiero po załatwieniu skargi possesoryjnej, w razie zaś przegrania tego sporu dopiero po dopełnieniu zobowiązań wyrokiem orzeczonych. Jak z tego wynika, procedura franc. reguluje właściwie tylko stosunek skarg possesoryjnych do petitoryjnych, oraz ich konkurencję, ale nie ustanawia żadnych odrębnych form postępowania possesoryjnego. Postanowienia te dla prawa franc. były zresztą konieczne wobec tego, że kodeks cywilny właściwie skarg possesoryjnych nie reguluje. Poza tem pamiętać należy, że w prawie franc. skargi possesoryjne służą jedynie tylko do ochrony pesiadania nieruchomości i to z wykluczeniem posiadania prekaryjnego. Przez posiadanie prekaryjne, które nie ma nic wspólnego z rzymskiem precarium, rozumie zaś prawo franc. każde posiadanie wykonywane cudzem imieniem (dzierżawca, najmobierca, emfiteuta, antychretysta, depozytarjusz, kommodatarjusz — Planiol I. str. 709) i dlatego posiadanie takie nie stoi pod ochroną skarg possesoryjnych (art. 23 p. c.).

Kodeks cywilny austr. i niem. regulują skargi possesoryjne, osobne przepisy w procedurze nie są więc konieczne. Nie było też takich przepisów w dawnej procedurze austr. aż do roku 1849, a w procedurze niem. nie ma ich także obecnie.

We wstępie do Ces. Rozporządzenia z 27/X 1849 zaprowadzającego proces o naruszenie posiadania (Besitzstörungsprocess) powiedziano, że proces ten ma służyć do urzeczywistnienia ochrony posiadania w kodeksie cywilnym przewidzianej w sumarycznem postępowaniu (in possesorio summarissimo) bez zwyczajnych rozwlekłości procesowych. Nie chodziło więc tutaj o nic innego, jak tylko o przyspieszenie sprawy podobnie jak w postępowaniu drobiazgowem. Obowiązująca ustawa procesowa zawiera już tylko kilka przepisów (454—460), a różnica postępowania tego w stosunku do zwykłego polega jedynie na wykluczeniu dowodu z przesłuchania stron i na tem, że orzeczenie ma formę uchwały (zamiast wyroku), od której dopuszczalny jest rekurs, nie zaś odwołanie. Inne postanowienia nie są istotne.

W Małopolsce spory o naruszenie posiadania vulgo prowizorja nietylko są częste, ale przeszły w nałóg, mają swoją historję i sławę.

Przy robotach w polu z wiosną i w jesieni rzadko się kiedy zdarza, aby pług nie zawadził o cudzą miedzę, a przy grodzeniu płotu rzadko kiedy się zdarza, aby kołek trafił w tosamo miejsce, w przypadkach zaś takich znowu nigdy się nie zdarza, aby się obeszło bez prowizorjum. Wszystkie te prowizorja o tyle są skuteczne, o ile sędzia zaraz wyda potrzebne zarządzenie, zapobiegające niepokojom, lub dalszemu naruszeniu. Dalszy tok postępowania nie ma już znaczenia. Wynika stąd, że właściwą ochronę posiadaniu daje nie tyle postępowanie i nie ostateczne orzeczenie, ile raczej prowizoryczne zarządzenie sędziego; takie zaś zarządzenie możliwe jest w każdym procesie. Próba doświadczenia w Austrji nie wypadła na korzyść postępowania prowizorjalnego i dlatego tzw. II. nowela z 1915 r. wprowadziła postępowanie niesporne dla ustalenia granic, aby w ten sposób zmniejszyć liczbę procesów prowizorjalnych przynajmniej w stosunkach sąsiedzkich. Przyczyną tego upodobania ludności do procesów prowizorjalnych, prawie, jak spomniano, nałogu zwłaszcza u ludności wiejskiej, było właśnie odrębne postępowanie zaprowadzone w roku 1849. Jakkolwiek więc ochrona posiadania jest konieczną, to doświadczenie nie usprawiedliwiło potrzeby odrębnego typu postępowania.

W odniesieniu do polskiej procedury przemawiają przeciw wyodrębnieniu tego postępowania tesame względy, jakie przytoczono wyżej przeciw postępowaniu drobiazgowemu.

Nadto zauważyć należy, że procedura ta służyć ma na razie dla użytku różnych kodeksów cywilnych aż do skodyfikowania jednolitego prawa, co najprawdopodobniej nie rychło jeszcze nastąpi. Wprowadzenie osobnych szczególnych norm postępowania dla ochrony posiadania, pociągnąć może za sobą kolizję z różnorodnymi przepisami prawa materjalnego. Właśnie w dziedzinie posiadania wykazują obowiązujące w Polsce kodeksy cywilne znaczne różnice. Prekaryjny posiadacz w prawie franc. jest tylko detentorem i nie podpada pod ochronę posiadania, a jak już wspomniano, prekarzystą w prawie franc. jest każdy posiadacz alieno corpore, a więc dzierżawca, lokator, depozytarjusz itd., podczas kiedy kodeks niem. zna bezpośredniego i pośredniego posiadacza, a nadto posiadacza — właściciela (Eigenbesitzer) i wszystkich równo chroni skargami possesoryjnemi. Prawo austr. teoretycznie nie różni się w tym kierunku od francuskiego, ale praktycznie schodzi się z niemieckiem, bo daje ochronę posiadaniu prawa dzierżawy, najmu itd. Prawo fran. chroni posiadanie tylko nieruchomości, prawo austr. i niem. tej różnicy nie uznaje, natomiast różni się prawo niem. od austrjackiego rodzajem i zakresem ekscepcji przeciw skargom possesoryjnym. (Vide §§ 861, 862, 863 i 864 kod. niem).

Z projektu prof. Allerhanda najważniejsze są postanowienia że:

pozew o ochronę posiadania rzeczy lub prawa, należy wnieść w przeciągu 30 dni od czasu, kiedy powód dowiedział się o fakcie naruszenia nie później jednak, jak do 6-ciu miesięcy od dokonania naruszenia;

w postępowaniu tem należy stwierdzić tylko fakt ostatniego posiadania i naruszenia;

od ostatecznego orzeczenia przysługuje tylko odwołanie, które załatwia II. Instancja na posiedzeniu tajnem bez rozprawy.

Co do prekluzji terminu 30-dniowego i 6-ciomiesięcznego nasuwa się wątpliwość, czy jest wskazaną zmiana zgodnych w tym kierunku przepisów art. 1496, 29 i 1489 ust. ros. i 864 ust. niem., które zakreślają roczny termin. Przedłużenie terminu nie może szkodzić ludności w Małopolsce przyzwyczajonej do 30-dniowej prekluzji, natomiast tak znaczne skrócenie (jednego roku do dni 30-stu) przedstawia dla dwóch innych dzielnic poważne niebezpieczeństwo.

Dalsza kolizja przepisu art. I. proj. z obowiązującemi prawami materjalnemi polega na dopuszczeniu possesoryjnej ochrony posiadania praw.

Co do zakresu zozpoznawania materjalu procesowego kolliduje zdaniem moim art. 2 proj. z przepisami § 861, 862, szczególnie zaś § 683 k. niem.

Za ograniczeniem środków odwoławczych, jak niemniej za skróceniem terminów możnaby się oświadczyć bez zastrzeżeń. Możnaby nawet przyjąć tylko jednę instancję ze względu na prowizoryczny charakter orzeczenia, atoli nie podobna oświadczyć się za projektem także i w tym kierunku, że II. instancja ma orzekać na posiedzeniu tajnem bez rozprawy ustnej. Takie postępowanie możliwem było w procesie austr., przy systemie dokładnego protokołowania całego stanu faktycznego, koniecznym ze względu na bardzo wadliwą strukturę postępowania apelacyjnego. Jeżeli polska procedura zgodnie z uchwalonemi zasadami przyjmie pełną apelację, to oczywiście i protokół musi się dostroić do tego systemu. Powstałaby z konieczności taka anomalja, że w procesie possesoryjnym, którego celem jest o ile możności jak najszybsza ochrona, protokół rozprawy musiałby być znacznie dokładniejszy, niż protokół w zwykłem postępowaniu, a temsamem stałby się narzędziem nie uproszczenia, lecz przewleczenia postępowania. Sprzeciwia się zresztą zasadzie ustności i swobodnego przekonania, opartego na bezpośredniości takie urządzenie instancji, w którem korrekturę orzeczeń na podstawie tych zasad przez niższą instancję, lepiej poinformowaną wydanych, wykonuje II. instancja na podstawie wręcz odmiennych zasad (tajności, pisemności i pośredniości), a więc instancja go-

rzej poinformowana. Jedno z dwojga: albo tylko jedna instancja, albo także i druga, ale z prawem badania sprawy przed jej rozstrzygnięciem.

Wszystkie te wątpliwości odpadną, gdy ochronę posiadania powierzy się zwykłemu postępowaniu według norm dla sądu powiatowego przepisanych. Wszak postępowanie to ma tak być urządzone, aby o ile możności gwarantowało jak najszybszą pomoc prawną; zbyteczne więc są wyjątkowe postanowienia mające zmierzać do tego samego celu.

Pod względem materjalnym skargi possesoryjne uregulowane są w kodeksie austr. i niem.; ze względu na przepisy kodeksu franc. konieczny jest przepis art. 1496 proc. ros. Odpowiednio zmodyfikowany wystarczy przepis ten dla załatwienia całej kwestji ochrony posiadania pod względem proceduralnym.

W postępowaniu egzekucyjnem będą zapewne przewidziane środki zabezpieczenia w Wielkopolsce i Małopolsce pod nazwą tymczasowych zarządzeń, w Królestwie polskiem, pod nazwą zabezpieczenia powództwa znane. Ten dział byłby najodpowiedniejszy do zamieszczenia postanowienia, że w sporach o naruszenie posiadania lub wyzucie, należy wydać natychmiast zarządzenie odpowiednie, jeżeli nie można zaraz na pierwszej rozprawie przystąpić do orzeczenia.

Na tej podstawie proponuję:

1) nie normować osobnego procesu possesoryjnego.

2) przyjąć przepis art. 1496 proc. ros. odpowiednio także do użytku prawa austr. i niem. (naruszenie posiadania ruchomości i praw) zmodyfikowany.

3) osobne postanowienie dla ochrony posiadania zamieścić w przepisach postępowania egzekucyjnego o środkach zabezpieczenia.

Postępowanie ze stosunku najmu lub dzierżawy.

Osobne postępowanie w sprawach z kontraktów najmu lub dzierżawy, czyli tzw. proces awizacyjny jest właściwością prawa austrjackiego. Procesu takiego nie zna ani ustawa ros. ani ustawa niem. Procedura węg. wykazująca w zasadniczych kierunkach bardzo ścisły związek z ustawą austr. recypowała proces awizacyjny, ale tylko dla stosunku najmu mieszkania, lub innego lokalu, pozostawiając sprawy z dzierżaw wynikające w ramach zwykłego postępowania.

Proces awizacyjny podobnie jak drobiazgowy, possesoryjny i tyle innych szczególnych rodzajów postępowania ma osobną kartę w historji austr. ustawodawstwa procesowego. Zaprowadzony ces. rozporządzeniem z 1858 r. dla całego państwa z wyjątkiem Dalmacji, ustawą zaś z 1873 dla Dalmacji, miał proces awizacyjny ten cel, aby przez uproszczenie i skrócenie form postępowania zapewnić stosunkom prawnym z najmu

i dzierżawy wynikającym ochronę, której nie mógł dać dawny proces pisemny, ani ustny, ani nawet istniejący już od 1845 r. sumaryczny — praktyka bowiem, jak to już na innem miejscu wspomniano, wszystkie te rodzaje postępowania wtłoczyła w ociężałe formy procesu pisemnego. Według tych ustaw proces awizacyjny miał się odbywać zasadniczo podług norm postępowania sumarycznego, ale ponieważ i to postępowanie nie spełniało już swego zadania, wprowadzono w postępowaniu awizacyjnem dalsze uproszczenia: wykonalność wypowiedzenia w braku zarzutów, nakaz rumacji bez przesłuchania awizata, ograniczenie środków dowodowych, skrócenie terminów do odwołania, restytucji, itd. Dzięki tym wyjątkowym przepisom, które istotnie ożywiały tempo postępowania awizacyjnego, całe to urządzenie z nieznacznymi tylko modyfikacjami weszło do obowiązującej obecnie procedury. Przyznać należy, że przepisy te, albo raczej niektóre z nich w praktyce mają wielkie zastosowanie. Obecnie wskutek powszechnej katastrofy mieszkaniowej postępowanie awizacyjne stało się plagą sądów małopolskich od czasu pojawienia się ustaw o ochronie lokatorów. Mianowicie z chwilą wydania ustawowych zakazów wypowiadania, jakby na ironję tych ustaw, zaczęły wpływać masowo wypowiedzenia i prośby o nakazy rumacji, a zjawisko to w miarę, jak wydawano coraz to surowsze zakazy, stawało się coraz powszechniejsze, aż przybrało takie rozmiary, że obecnie sądy powiatowe, zwłaszcza w większych miastach, zajęte są prawie wyłącznie sprawami awizacyjnemi. Korzystając z uproszczonych i rygorystycznych form tego postępowania, różni spekulanci mieszkaniowi liczą na łatwe zdobycie tytułu egzekucyjnego przez jakieś przeoczenie, lub zaniedbanie po stronie awizyta i wnoszą wypowiedzenia, które wobec niskiej stosunkowo skali kosztów nie narażają ich na zbyt wielkie ryzyko w razie przegrania sporu. Objaw ten niewątpliwie patologiczny na gruncie anormalnych stosunków ekonomicznych nie może wprawdzie rozstrzygać o celowości postępowania awizacyjnego, ale bądź co bądź nie może także żadną miarą przechylać wagi na korzyść tego postępowania.

Projekt prof. Allerhanda normuje jedynie postępowanie zmierzające do rozwiązania najmu lub dzierżawy przez wcześniejszą skargę, którą wnieść zezwala w ostatnich sześciu miesiącach przed upływem czasu trwania stosunku kontraktowego, oraz przez wypowiedzenie połączone ze skargą. Takby przynajmniej wynikało z postanowienia art. 1 proj. W dalszym ciągu projekt już nie jest konsekwentny, bo ogranicza postępowanie ściśle awizacyjne właściwie tylko do tego wypadku, gdy najem lub dzierżawa kończy się przez upływ czasu, bo tylko w tym wypadku według art. 2 może wynajmujący lub wydzierżawiający prosić, aby najemcy lub dzierżawcy bez uprzedniego przesłuchania

polecono oddanie w czasie, w którym stosunek najmu lub dzierżawy upływa. Jeżeli wydanie nakazu jest nieuzasadnione, sąd odrzuca pozew, w przeciwnym razie wydaje nakaz, przeciw któremu pozwanemu służą zarzuty. Z tego wynika, że postępowanie awizacyjne, jako szczególny proces ma zastosowanie w tym jednym, jedynym wypadku, jeżeli dopuszczalny jest nakaz rumacji tj. gdy najem lub dzierżawa kończy się z upływem czasu kontraktowego bez wypowiedzenia. Tylko w tym wypadku mianowicie wchodzą w zastosowanie: nakaz oddania przedmiotu najmu lub dzierżawy bez uprzedniego przesłuchania pozwanego i zarzuty — instytucje procesowe nadające piętno szczególnie temu procesowi. Przy pozwach z wypowiedzeniem instytucje te nie mają zastosowania według projektu.

Całego szeregu innych spraw wynikających ze stosunku najmu lub dzierżawy projekt nie reguluje. Rozwiązanie takiego kontraktu z innych przyczyn, jak niszczenie, używanie przedmiotu wbrew jego naturze czy też przeznaczeniu, lub niedotrzymanie innych warunków (zwłoka w zapłacie czynszu) i t. p. odszkodowanie, zapłata czynszu, jak w ogóle wszystkie inne sprawy należałyby zatem do zwykłego postępowania.

Mimo woli nasuwa się pytanie, czy warto i należy dla tego jednego fragmentu wyjętego z całości kontraktu najmu lub dzierżawy stwarzać osobny typ postępowania?

Projekt prof. Allerhanda tylko w szczegółach różni się od prawa austrjackiego. Przyznać należy, że niektóre z przepisów prawa tego mają wielkie zastosowanie. Dotyczy to mianowicie sądowego wypowiedzenia i tzw. rumacji, które w razie nie wniesienia zarzutów stają się tytułami egzekucyjnymi w sposób tani i prosty. Natomiast reszta przepisów nie ma już tej doniosłości, bo rozprawa po wniesieniu zarzutów nie różni się już od zwykłego toku postępowania. Celowość i użyteczność tych przepisów występuje zatem tylko w tych przypadkach, gdzie strona przeciwna nie wniesie zarzutów, a więc w przypadkach, w których właściwie nie ma sporu. Tensam skutek można jednak osiągnąć także i bez interwencji sądu albo w postępowaniu niespornem. Procedura ros. nie zna podobnego postępowania, a według opinji czł. Kom. kod. Litauera w Królestwie Polskiem nie odczuwano potrzeby analogicznego urządzenia, takąsamą zaś opinję wypowiedział czł. Kom. kod. Cichowicz odnośnie do dzielnicy, w której obowiązuje procedura niem. nie znająca również postępowania awizacyjnego.

Co do szczegółów projektu prof. Allerhanda zauwazam jeszcze, że przepisy jego nie zawsze są konsekwentne. Już wyżej wspomniano, że kiedy art. 1 mówi o pozwie z powodu ekspiracji przez upływ czasu i o pozwie połączonym z wypowiedzeniem, to art. 2 odnosi się tylko

do pierwszego przypadku, a wskutek tego także i całe postępowanie ściśle awizacyjne (nakaz rumacji i zarzuty) odnosi się tylko do pierwszego przypadku.

Według art. 2 może powód w pozwie prosić o wydanie nakazu oddania. Wynikałoby z tego logicznie, że powód nie musi prośby tej łączyć ze skargą o oddanie. Tymczasem według art. 3 sąd odrzuca pozew, jeżeli żądanie wydania nakazu jest nieuzasadnione. Wynikałoby znowu z tego, że sama skarga bez żądania nakazu jest niedopuszczalna, skoro według tego przepisu normalny proces o oddanie może rozpocząć się tylko wówczas, jeżeli sąd wyda nakaz oddania, a pozwany wniesie zarzuty. Innego wnioskowania nie dopuszcza wypowiedziana na wstępie tego art. zasada.

Projekt ustanawia w art. 4 inne terminy dla najmu, inne dla dzierżawy, odróżnia więc zasadniczo obydwie te kategorje kontraktu. Nie wolno jednak zapominać, że definicje tych kategoryj inne są w kodeksie austr. i niem., inne w kodeksie franc. Kiedy według prawa austr. miarodajnem dla pojęcia najmu lub dzierżawy jest pytanie, czy przedmiotu kontraktu można używać bez pracy najmobiercy (mieszkanie), czy też przeciwnie, jak przy dzierżawie gruntu, przedsiębiorstwa przemysłowego itp., to kryterjum takie nie istnieje w prawie franc., ani niem. Nie jest to zaś tylko teoretyczna różnica, bo dla prawa franc. będzie tylko najmem n. p. kontrakt o eksploatację cegielni, kamieniołomu, lub innego przemysłu, co dla prawa austr. jest dzierżawą. Dla tego samego kontraktu musiałaby według proj. Allerhanda obowiązywać inne terminy w Królestwie, inne w Małopolsce mimo jednolitości przepisu dla całej Polski.

Za wzorem austr. projekt zawiera także przepisy natury materjalnej, a do takich zalicza się niewątpliwie postanowienia art. 7, podług którego prawomocne orzeczenie po upływie dni 14-stu traci moc prawną, jeżeli w tym czasie powód nie żąda egzekucji. Jest to mianowicie domniemane przedłużenie kontraktu przy równoczesnem umorzeniu tytułu egzekucyjnego. Takie postanowienie sprzeciwia się prawu materjalnemu obowiązującemu w Król. Polsk. (art. 1739 k. c.).

Z postanowień projektu jedynie celowym według mego zapatrywania jest przepis art. 1, podług którego dopuszczalną jest skarga przed ekspiracją najmu lub dzierżawy. Jest to wyjątek od zasady, że o świadczenie skarżyć można dopiero po jego zapadłości — wyjątek bardzo racjonalny, gdyż umożliwia uzyskanie tytułu egzekuc. na wypadek niewykonania zobowiązania przez najmobiercę, lub dzierżawcę w terminie umówionym. Taki antycypatywny proces jest dobrodziejstwem dla powoda, a szkodzić nie może pozwanemu, który zobowiązania chce dopełnić. Z innych postanowień możnaby co najwyżej przyjąć krótsze termina

dla środków odwoławczych w sprawach najmu i dzierżawy. Postanowieniem takiem można objąć równocześnie termina w sprawach drobnych, possesoryjnych.

Atoli ani to postanowienie, ani art. 1 projektu zdaniem mojem celowy, nie stanowią jeszcze odrębnego postępowania. Wystarczy, jeżeli obydwa te przepisy zamieści się w rozdziale o postępowaniu w sądzie powiatowym bez normowania osobnego postępowania ze stosunku najmu lub dzierżawy.

Prof. D. M. Allerhand

Sąd polubowny.

Wstęp.

Sąd polubowny orzeka o pewnej sprawie na podstawie umowy stron, wskutek czego objawiono zdanie, że układ o sąd polubowny jest umową prywatno-prawną. W rzeczywistości jednak układ taki ma charakter umowy procesowej, bo wprawdzie zawiera się go poza procesem, ale w celach wyłącznie procesowych, to też warunki jego ważności, oraz skutki omówić należy łącznie z postępowaniem procesowem. Z tego wynika, że wymogi układu polubownego i wpływ jego na postępowanie zawsze ocenić wypada podług prawa procesowego, co zwłaszcza wtedy jest doniosłe, gdy według zasad międzynarodowego prawa prywatnego do umowy prywatno-prawnej, obejmującej także układ polubowny, ma się stosować prawo obce; tego prawa nie można uwzględnić przy ocenieniu układu polubownego, bo w kraju z reguły należy stosować własne prawo procesowe, a tylko wyjątkowo prawo zagraniczne.

Nie tylko jednak ze względów zasadniczych należy traktować o układzie i postępowaniu polubownem łącznie z postępowaniem sądowem, lecz także dlatego, że sądy państwowe mają pewien wpływ na postępowanie polubowne. Wpływ ten objawia się w rozmaitym kierunku, w szczególności już w chwili, gdy chodzi o ukonstytuowanie sądu polubownego, sąd bowiem może w miejsce strony opieszałej współdziałać przy nominacji sędziego polubownego, może też orzekać o jego wykluczeniu, ponadto współdziała w toku postępowania przy przeprowadzeniu dowodów, a wreszcie rozstrzyga o tem, czy orzeczenie sądu polubownego ma być w mocy utrzymane. Ponieważ odnośnie do wymienionych przypadków unormować należy nietylko wymogi, pod któremi współdziałanie sądu jest dopuszczalne, lecz także formę

postępowania, przeto wszystkie nowsze ustawy zawierają szczegółowe postanowienia o sądach polubownych.

Dokładne unormowanie postępowania przed sądami polubownymi jest zwłaszcza wtedy potrzebne, gdy strony korzystają więcej z tego orzecznictwa, niż z sądownictwa państwowego, a ma to miejce zwłaszcza tam, gdzie postępowanie sądowe jest długotrwałe, kosztowne lub zbyt formalistyczne. Proces nowoczesny oparty na zasadach ustności pod niejednym względem czyni wprawdzie zbędnem postępowanie polubowne, można bowiem i w sądzie rychło osiągnąć należytą ochronę, mimo to jednak układ o sąd polubowny wcale nie należy do rzadkości. Przyczyną tego jest, że strony życzą sobie orzeczenia podług słuszności, a nie podług ścisłych przepisów prawa; czasem rozstrzyga i ta okoliczność, że proces prowadzi się przez trzy instancje, zaś postępowanie polubowne w zasadzie wyklucza środki prawne. W nowszych czasach sądy polubowne są częstsze, niż dawniej, także dlatego że z powodu zbytniego przeciążenia sądów państwowych postępowanie trwa zbyt długo; przytem i pewna swoboda przy stawianiu żądań wpływa na postępowanie stron a także i chęć utrzymania w tajemnicy interesów, jakie strony zawierają, oraz sposobu ich załatwienia. Ponieważ trudno przyjąć, aby istniejące stosunki dość rychło ustały, okazuje się instytucja sądów polubownych jako niezbędna i dlatego ustawodawca baczną musi na nie zwrócić uwagę.

Przy unormowaniu kwestji dotyczących sądów polubownych należy stronom pozostawić wielką swobodę co do postępowania, bo prowadzi się je tylko za ich wolą, wskutek czego wypada ograniczyć je tylko o tyle, o ile jest to potrzebnem w interesie publicznym, co do tego zaś zawierają nowsze ustawy odpowiednie przepisy, można je więc z nieznacznemi tylko zmianami przyjąć. Tylko co do formy postępowania sądowego konieczne jest uproszczenie; w szczególności uchylić należy wymagany obecnie w niektórych przypadkach pozew i wprowadzić w tegoż miejsce postępowanie wnioskowe, przyczem w wyższej instancji zupełnie odpaść może postępowanie ustne.

Pytanie powstaje, czy co do pewnych spraw wprowadzić należy obowiązek poddania się orzecznictwu sądu polubownego, który to obowiązek istnieje według niektórych ustaw, w szczególności według art. 51 i nast. franc. kod. handl. co do spraw między członkami spółki handlowej. Zdaniem naszem nie powinien być taki przymus wprowadzony, gdyż nie podobna dla pewnych roszczeń wykluczać postępowanie sądowe; nie należy także wprowadzać postanowienia, które według austrjackich przepisów o postępowaniu przed sądami konsularnymi nakładało na sąd obowiązek nakłaniania stron do poddania się orzecz-

nictwu sądu polubownego, gdyż zadaniem sędziego nie powinno być staranie się o to, by jego czynności załatwił inny organ.

Całkiem inną od dopiero co poruszonej jest kwestja, czy co do niektórych spraw zaprowadzić należy sądy obowiązkowe, zwane obecnie także polubownymi. Takie sądy istnieją od wielu lat dla załatwienia sporów, które powstają między członkami pewnych związków a tymi związkami albo między samymi członkami tychże i są albo stale ukonstytuowane albo w każdym poszczególnym wypadku złożone przy współdziałaniu stron; czasem przysługuje stronom tylko prawo wykluczenia niektórych osób z listy sędziów. W szczególności wprowadzono sądy obywatelskie dla sporów między członkami lub uczestnikami giełdy z interesów giełdowych i sporów między ubezpieczonymi w instytucji socjalnej a tą instytucją, a w czasie wojny wprowadzono je równocześnie z założeniem związku producentów towarów pewnych kategorji. W tych przypadkach ściśle biorąc nie mamy do czynienia z sądami polubownymi, lecz z sądami stałymi, nie jest bowiem zawisłem od strony, czy chce się poddać orzecznictwu sądu zwanego polubownym. lecz musi przed nim spór prowadzić, sąd ten więc jest powołany do załatwienia sprawy już na podstawie ustawy i dlatego poniekąd stoi na równi z sądem państwowym. Charakter zaś sądu nie zmienia się w niczem nawet wtedy, gdy nie istnieje on obowiązkowo jako stała instytucja obok związku publicznego, lecz gdy może być tylko przez tenże ustanowiony, jeżeli bowiem zostaje utworzony, wówczas są mu pewne sprawy bezwarunkowo przekazane. Bez wpływu na ocenienie charakteru sądu winna też pozostać okoliczność, że stronom przysługuje pewien wpływ na jego obsadzenie, gdyż to nie pozostaje w sprzeczności z istotą stałego sądu. Nawet i wtedy nie można mówić o sądzie polubownym, gdy strony mogą mu się poddać w drodze umowy, gdy więc sąd stały, bezwarunkowo powołany do załatwienia pewnych spraw, wskutek układu stron może się zająć także sprawą inną, charakter bowiem sądu zwykłego posiada wskutek tego. że mu pewne sprawy stale są przekazane.

Wątpliwości mogą jednak powstać wtedy, gdy pewna instytucja publiczna nie ma obowiązku utrzymania stałego sądu, ale ma do tego prawo, przyczem także ustawa nie poddaje tegoż orzecznictwu pewnych oznaczonych spraw, lecz czyni je zawisłem od woli stron, Tak ma się rzecz ze sądami ustanowionemi przy izbach handlowo-przemysłowych, które wkraczają li tylko wskutek układu stron: w tym przypadku istnieje instytucja raczej zbliżona do sądu polubownego, niż do sądu państwowego, różni się jednak od niego tem tylko, że sąd albo stale jest złożony, albo też za współdziałaniem stron w każdym poszczegól-

nym wypadku ma być utworzonym, jednak nie dowolnie, lecz wskutek wyborów sędziów z stałej listy.

Ze względu na odmienny charakter sądów stałych złożonych z laików, przepisów o sądach polubownych nie można do nich stosować wtedy, gdy wkraczają nie wskutek układu stron, lecz na podstawie przynależności osoby do związku, wskutek tego też pozytywne ustawodawstwo, nie stawiając ich na równi ze sądami polubownemi, z reguły wyklucza zaczepienie ich orzeczeń. De lege ferenda należy postępowanie tych sądów i warunki zaczepienia ich orzeczeń uregulować całkiem odrębnie i w związku z innemi postanowieniami, dotyczącemi organizacji, przy której jako przymusowe sądy zostają utworzone. Inaczej jednak ma się rzecz ze sądami stałymi, które tylko na podstawie układu stron mają sprawę rozpatrywać. Tu stosować można niektóre przepisy o sądach polubownych, inne zaś należy wykluczyć, stosować n. p. należy przepis co do układu o sąd polubowny, mianowicie co do formy i przedmiotu, który może nim być objęty, inne zaś przepisy n. p. przepis o uznaniu bezskuteczności z powodu zwłoki nie powinny być uwzględnione, bo trudno przypuścić, aby sąd korporacji publicznej, stale przy niej ustanowiony, zwlekał z prowadzeniem postępowania i wydaniem orzeczenia. Nie można też w całości przyjąć przepisów o postępowaniu polubownem, lecz korporacji pozostawić należy uregulowanie procesu i tylko w niektórych punktach mają być ustanowione normy, od których nie można odstąpić.

I. Układ o sąd polubowny.

a) Spory, których załatwienie może być poddane orzecznictwu sądu polubownego.

aa) W ogóle.

Sąd polubowny załatwia spory wskutek układu stron, nie można więc dopuścić do tego, aby rozstrzygał sprawy o przedmiot, którym nie można dowolnie rozporządzać, inaczej bowiem osiągnie się przez zawarcie kompromisu cel niedozwolony. Jeżeliby strony dowolnie mogły się poddać sądowi polubownemu, wówczas dla wywołania pewnych skutków wystarczyłoby zawrzeć kompromis i ustanowić sędzią polubownym zaufaną osobę, która po myśli stron wyda orzeczenie a to zastąpi niedozwoloną umowę; takie obejście przepisów ustawowych nie powinno być dopuszczalne, kompromis należy przeto tylko tam uznać za możliwy, gdzie strony mogą rozporządzać przedmiotem sporu. To stanowią art. 1003 pr. franc., § 767 pr. węg., § 1025 pr. niem., § 577 pr. austr.,

§ 359 pr. zur. i art. 390 proc. bern., przepisy procedury niemieckiej i austrjackiej wyrażają się jednak, że układ o poddanie sprawy orzecznictwu sądu polubownego jest tylko o tyle skutecznym, o ile strony mogą zawrzeć ugodę co do przedmiotu sporu.

Ogólnikowy przepis, że układ o sąd polubowny jest dopuszczalny tylko w tych przypadkach, w których strony mogą rozporządzać przedmiotem sporu, jest wystarczający i odpowiedni, ustawa nie może bowiem z góry oznaczać tych stosunków, w których umowa stron jest wykluczona. Wobec tego uważamy za nieodpowiednie postanowienie art. 1368 proc. ros. które w zasadzie uznaje za dopuszczalne poddanie wszelkich sporów orzecznictwu sądu polubownego, ale wymienia te, które z pod tego orzecznictwa są wyłączone, jak sprawy dotyczące osobistych praw stanu, spory mające łączność z przestępstwem i t. p., taki system bowiem prowadzi do tego, że sprawy wyraźnie nie wyjęte z pod orzecznictwa polubownego mają mu być poddane, chociaż strony nie mogą co do nich dowolnie rozporządzać. Nieodpowiednie są dalej zdaniem naszem postanowienia art. 1004 proc. franc. oraz art. 8 proc. włosk., które wymieniają szczegółowo niektóre sprawy wyłączone z pod orzecznictwa sądu polubownego, chociaż w zasadzie przyjmują, że nie mogą mu być poddane sprawy o przedmiot, którym strony nie mogą rozporządzać, względnie co do którego nie można zawrzeć ugody. Do takich spraw zalicza ustawa francuska i włoska także sprawy o stan osobowy i o separację między małżonkami, te sprawy jednak niewątpliwie należą do tych, w których do osiągnięcia skutków prawnych wymagane jest orzeczenie sądowe nawet, gdy strony co do wzajemnych stosunków dojdą do porozumienia, zaczem ugoda co do nich nie jest możliwa; osobne wymienienie spraw osobistych między małżonkami uważamy więc za zbędne. Że takich spraw nie można powierzać orzecznictwu sądu polubownego, to przyjmuje się i tam, gdzie brak wyraźnego przepisu, w szczególności przyjmuje to literatura prawa austrjackiego, a niektórzy idą tak daleko, że nie dopuszczają kompromisu we wszelkich sprawach, w których zapaść ma wyrok konstytutywny. Zdaniem naszem tak daleko idące ograniczenie nie jest potrzebne i wystarcza wykluczenie kompromisu tylko tam, gdzie strony przedmiotem sporu nie mogą rozporządzać; przykładowe wyliczenie niektórych spraw może wywołać wątpliwości, czy inne nie wymienione, ale do nich zbliżone podpadają pod pojęcie spraw, co do których rozporządzenie nie jest dopuszczalne.

bb) Układ o spory przyszłe.

Strony poddają orzecznictwu sądu polubownego albo pewne już powstałe spory, albo dopiero powstać mogące a więc bliżej jeszcze nie

określone. W praktyce częściej można się spotkać z układem o załatwienie przez sąd polubowny sporów przyszłych, zawierając bowiem umowę co do pewnych stosunków prawnych postanawiają strony równocześnie, że spory powstałe na podstawie umowy lub stosunku na niej opartego ma załatwić sąd polubowny. Takie postanowienie umożliwia szybkie i tanie dochodzenie roszczeń, jest więc odpowiednie, jeżeli bowiem strony poddają się sądowi polubownemu w czasie, gdy nie jest jeszcze wiadomem, czy spór powstanie, to w chwili jego zaistnienia możliwem jest natychmiastowe zwrócenie się do sądu polubownego a to jest dla strony nader korzystne. Pewne ograniczenie jest jednak w omawianym przypadku niezbędne, bo nie można zezwolić na to, aby spory całkiem nieoznaczone poddano sądowi polubownemu, układ winien przeto określić przynajmniej stosunek prawny, z którego spory wyniknąć mogą, a za niedopuszczalny uznać należy układ o załatwienie przez sąd polubowny wszelkich możliwych między stronami powstać mogących sporów.

Układ o załatwienie sporów w przyszłości mogących powstać z pewnego stosunku prawnego dopuszczają art. 12 proc. włosk. § 1026 proc. niem., § 577 proc. austr., § 467 proc. węg. i § 360 proc. zur. podczas, gdy art. 1006 proc. fr. i art. 1367 proc. ros. stanowią, że kompromis dotyczyć może tylko wynikłych już sporów; takie ograniczenie jest jednak nieodpowiedniem, bo wystarcza, jeżeli spory dają się określić, chociaż bliżej nie są jeszcze oznaczone. Z tego powodu jesteśmy zdania, że i przy sporach już powstałych nie należy wymagać, aby były dokładnie oznaczone; często poddają się strony orzecznictwu sądu polubownego co do wszelkich sporów wynikłych już z pewnego lub kilku stosunków prawnych między nimi istniejących, tak ze stosunku spółki, dzierżawy i t. p. Wedle obowiązującego prawa jest taki kompromis bezskuteczny, gdyż spory już powstałe winny być dokładnie oznaczone, a ogólnikowe określenie sporów z pewnego stosunku wystarcza tylko wtedy, gdy idzie o nieporozumienia dopiero w przyszłości powstać mogące, a więc gdy jeszcze nie można ich dokładnie oznaczyć. Wymienione ograniczenie uważamy jednak za całkiem nieodpowiednie, często bowiem strony występują przed sądem polubownym ze wzajemnemi roszczeniami, a strona podnosi je dopiero przy rozprawie w chwili, gdy przeciwnik występuje z rozmaitemi pretensjami; jeżelibyśmy więc wymagali, aby spory już powstałe były dokładnie w układzie oznaczone, to sąd polubowny nie będzie powołany do załatwienia sporów w układzie niewymienionych, zaczem wyda całkiem nieodpowiednie, bo tylko połowiczne orzeczenie. Aby do tego nie dopuścić a także układu szczegółowem wyliczeniem zbyt nie obciążać, wystarczy ogólnikowe określenie wszelkich sporów z pewnego stosunku wy-

nikłych w szczególności powinno być dostateczne, jeżeli spadkobiercy sądowi polubownemu poddają załatwienie wszelkich nieporozumień między nimi powstałych na podstawie stosunku dziedziczenia, z którym to układem często można się spotkać, albo gdy spólnicy lub wydzierżawiający i dzierżawca złożą takie oświadczenie w kompromisie.

Zastanowić się jeszcze musimy nad tem, czy dopuścić należy poddanie orzecznictwu sądu polubownego niektórych tylko kategoryj sporów z pewnego stosunku powstać mogących, czy też wymagać należy, aby sąd polubowny rozstrzygał tylko wszystkie spory. Podnosimy to, bo w umowach dzierżawnych spotkać się można z postanowieniem, że spory powstać mogące ma załatwić sąd polubowny z wyjątkiem spraw o czynsz dzierżawny lub o rozwiązanie kontraktu dzierżawy, które to spory podlegają zwyczajnej drodze procesowej względnie, o ile idzie o zapłacenie czynszu, natychmiastowej egzekucji. Zdaniem naszem nie powinno ulegać wątpliwości, że klauzula wymieniona jest według obowiązującego prawa skuteczną, nie jest bowiem konieczne, aby wszystkie procesy, które wyniknąć mogą z pewnego stosunku załatwiał sąd polubowny. Także de lege ferenda oświadczyć się należy za utrzymaniem obecnie obowiązującego stanu, bo jest on odpowiedni a poddanie sądowi polubownemu pewnych tylko sporów nie mieści w sobie żadnej niekorzyści.

cc) Poddanie orzecznictwu sądu polubownego części sprawy.

Orzecznictwu sądu polubownego poddaje się albo całą sprawę albo też pewne tylko punkta sporne, tak n. p. pytanie, czy w zasadzie przysługuje pretensja, albo jak jest wysoką, wobec czego w tym ostatnim przypadku o zasadzie powinien rozstrzygać sędzia państwowy. Zwłaszcza w umowach asekuracyjnych można się spotkać z postanowieniem, że o tem, czy należy się odszkodowanie, czy też nie, rozstrzyga sąd państwowy, zaś o wysokości orzeka sąd polubowny, co zmusza strony do wnoszenia skargi o ustalenie należności pretensji, jeżeli ubezpieczyciel odmawia zapłaty jakiegokolwiek odszkodowania, sąd polubowny zaś orzekać ma o wysokości tylko wtedy, gdy sąd państwowy rozstrzygnął już, że w zasadzie należną jest pretensja.

Teorja i praktyka w ostatnich czasach przyjmują stale, że nie jest dopuszczalnem przekazanie orzecznictwu sądu polubownego poszczególnych tylko kwestyj, które mogą być doniosłe, lecz, że należy całą sprawę powierzyć albo sądowi polubownemu, albo sądowi państwowemu, uznaje się więc jako niedopuszczalny podział judykatury. Od tej zasady jednak odstępują ustawy o kontrakcie ubezpieczenia, bo dopusz-

czają, aby kwestję wysokości odszkodowania załatwiał sąd polubowny. I tak stanowi § 11 austr. ust. o kontr. ubezp., że bezskutecznym jest układ o sąd polubowny co do sporów z umowy ubezpieczenia wynikłych, że jednak można się umówić o to, aby o wysokości świadczenia ciążącego na ubezpieczycielu orzekał sąd polubowny, dalej jeszcze idzie § 64 ust. niem. o kontrakcie ubezpieczenia, bo dopuszcza, aby znawcy orzekali nie tylko o wysokości szkody, lecz także o innych wymogach roszczenia.

Zdaniem naszem należy przyjąć postanowienie odpowiadające ustawie austrjackiej, która stanowi także, że ubezpieczyciel nie może się powołać na układ o załatwienie przez sąd polubowny kwestji wysokości szkody, jeżeli odmawia świadczenia; wedle prawa austrjackiego nie dochodzi więc do podziału judykatury, bo jeżeli w zasadzie nie uznaje się roszczenia, to uprawniony winien dochodzić pretensji przed sądem państwowym, a ten ma orzekać tak o zasadzie, jak i o wysokości pretensji. Osłabione jest jednak postanowienie prawa austrjackiego o tyle, że krępuje tylko ubezpieczyciela, nie zaś uprawnionego, ten więc w razie, gdy ubezpieczyciel nie uznaje pretensji ma możność dochodzenia przed sądem państwowym roszczenia co do zasady, a następnie przed sądem polubownym co do wysokości, może jednak i przed sądem państwowym żądać wprost zapłaty, a to uważamy za niewłaciwe. To też zdaniem naszem bezwarunkowo powinno być wykluczone dochodzenie pretensji przed sądem polubownym, gdy nie uznaje się jej należytości.

Orzeczenie sądu polubownego co do wysokości pretensji powinno stać na równi z orzeczeniem innem przez taki sąd wydanem i badanie jego słuszności powinno być wykluczone. Niewłaściwem jest więc zdaniem naszem postanowienie prawa niemieckiego, wedle którego oznaczenie wysokości szkody poniesionej ani dla ubezpieczonego, ani też dla ubezpieczyciela nie jest wiążącem, jeżeli w jaskrawy sposób odstępuje od rzeczywistego stanu rzeczy, wskutek czego dopuszczalnem jest uzyskanie zmiany za pomocą skargi przed sądem zwyczajnym.

dd) Zastrzeżenie drogi procesowej obok sądu polubownego.

Układ polubowny wyklucza drogę procesową, nie jest więc dopuszczalnem dochodzenie roszczenia przed sądem państwowem. Zdarza się jednak, że w kompromisie pewnej stronie zastrzega się dla dochodzenia roszczenia wybór między sądem polubownym a sądem państwowym. Takie postanowienie uznaje się obecnie jako ważne, jest jednak niewłaściwe, może bowiem doprowadzić do zawikłań, gdy jedna strona

wystąpi w drodze polubownej, a druga o ten sam przedmiot wytoczy spór przed sądem państwowym n. p. za pomocą skargi o negatywne ustalenie i dlatego też wskazanem jest umieszczenie postanowienia, że bezskuteczne jest ustanowienie drogi polubownej obok drogi procesowej.

W związku z poruszoną kwestją należy rozpatrzeć i dalszą jeszcze, czy dopuszczalnem być winno zastrzeżenie drogi polubownej dla jednej tylko strony, wykluczenie zaś jej dla strony drugiej. Co do tego podnieść należy, że umożliwione być winno poddanie pewnych tylko sporów sądowi polubownemu, a więc zastrzeżenie drogi procesowej dla innych, nie uchodzi jednak, aby jedna strona większe miała prawa od drugiej, aby więc mogła dochodzić roszczenia przed sądem polubownym, strona zaś przeciwna skargę tego samego roszczenia dotyczącą wnosić musiała do sądu państwowego, co może być niekorzystnem. To pozostawałoby w sprzeczności z zasadą, że obydwie strony jednakowo należy traktować i dlatego takie postanowienie uznać wypada jako bezskuteczne.

b) Osoby, które zawrzeć mogą układ polubowny.

Układ polubowny mogą zawrzeć strony albo same, albo przez pełnomocnika, a ten stan prawny należy zachować, gdyż nie jest koniecznem, aby strona osobiście kompromis zawierała. Ogólne jednak pełnomocnictwo nie powinno wystarczać, gdyż idzie o wyjęcie sprawy z pod orzecznictwa sądu państwowego, a więc o akt doniosły, zgodnie zatem z przepisami prawa austrjackiego żądać należy szczegółowego pełnomocnictwa, upoważniającego do poddania sprawy sądowi polubownemu. Za szczegółowe pełnomocnictwo nie może być uważane pełnomocnictwo procesowe, gdyż nadaje tylko prawo zastępstwa przed sądem państwowym, to też pełnomocnik procesowy tylko wtedy może poddać sprawę orzecznictwu sądu polubownego, gdy osobno do tego został upoważniony.

Jeżeli uznaje się zastępstwo przy zawieraniu układu polubownego to należy je dopuścić także w sprawach osób nieletnich lub pod kuratelą zostających, a nawet w sprawach państwa, kraju lub gminy, uważamy przeto jako nieodpowiedni przepis art. 1368 proc. ros., który w wymienionych przypadkach wyklucza sądy polubowne. Wymagać tylko należy, aby poddanie sprawy orzecznictwu sądu polubownego nastąpiło nietylko przez ustawowego zastępcę, lecz ponadto zatwierdzone było przez władzę opiekuńczą lub kuratelarną, ta bowiem ma ocenić, czy w poszczególnym przypadku sprawą zająć się ma sąd polubowny.

Zatwierdzenia sądu wymagać należy i w innych jeszcze wypad-

kach, a mianowicie tam, gdzie osoba na podstawie umocowania sądowego dochodzi roszczenia innej przysługującego, n. p. gdy wierzyciel skarży pretensję dłużnika na podstawie uzyskanego przekazu do ściągnięcia, w którym to przypadku jest układ na sąd polubowny wedle § 308/1 austr. o. e. niedopuszczalny, co jednak zdaniem naszem jest niewłaściwem. To samo przyjąć należy odnośnie do zarządcy masy konkursowej, który wedle § 116 austr. ord. konkurs. uzyskać winien zatwierdzenie kompromisu przez wydział wierzycieli, o ile wartość przedmiotu sporu przekracza kwotę 2500 K.; zdaniem naszem o wiele odpowiedniejsze jest zatwierdzenie sądu, który nawet wedle prawa austrjackiego zastępuje wydział wierzycieli, gdy taki nie istnieje.

Że kompromis wiąże nie tylko stronę, lecz i jej spadkobierców, że dalej wiąże także i prawonabywcę, to nie powinno ulegać kwestji, ze względu jednak na objawione w praktyce wątpliwości, należy wyraźnie zaznaczyć, że układ polubowny dotyczy przedmiotu sporu a nie tylko osób, które go zawarły.

c) Forma układu polubownego.

Układ o sąd polubowny powinien być zawarty pisemnie tak, aby nie ulegało wątpliwości, czy strony dla dochodzenia pewnego roszczenia wykluczyły drogę sądową. Brak dokumentu może doprowadzić do przewleczenia procesu, jeżeli bowiem strona pozwana powołuje się na układ o sąd polubowny a strona powodowa przeczy, by doszedł do skutku albo też, by odnosił się do przedmiotu, o który toczy stę spór, wówczas sąd musi prowadzić dowód, kwestja więc uboczna zajmuje dużo czasu ze szkodą dla rzeczy samej. Temu zapobiega wymóg dokumentu, bo strona pozwana przez przedłożenie sądowi układu polubownego może natychmiast wykazać, że dochodzenie roszczenia w drodze procesowej jest niedopuszczalne. Z przytoczonych powodów uznają formę pisemną za konieczną art. 1005 proc. franc., § 577/3 proc. austr., § 767 proc. węg., § 1370 proc. rosyjsk. podczas, gdy § 1027 proc. niem. nie koniecznie jej wymaga, ale podnosi, że każda strona może żądać sporządzenia dokumentu, jeżeli według przepisów prawa cywilnego ważnym jest ustny układ o sąd polubowny.

Forma pisemna jest zdaniem naszem zupełnie wystarczająca, nie jest zaś potrzebnym dalej idący wymóg, w szczególności zaś zaświadczenie przez rejenta lub sędziego pokoju, jak tego wymaga art. 1374 proc. ros. Tylko wtedy, gdy strona nie umie, albo też nie może czytać i pisać, należy wymagać uwierzytelnienia układu polubownego przez sąd lub notarjusza, tylko w ten sposób bowiem można niezbicie

wykazać, że strony poddały się orzecznictwu sądu polubownego; to stanowi wyraźnie art. 623 proc. holend. wymagający formy notarjalnej gdy strona nie umie pisać. Za formę pisemną należy uważać także zawarcie układu w sądzie lub przed notarjuszem, co podnieść należy, bo często zdarza się, że strony w toku procesu zawierają ze sobą układ o sąd polubowny, co tylko z protokołu sądowego jest widoczne.

Na równi z aktem podpisanym przez obydwie strony, postawić należy wzajemną wymianę dokumentów, z których każdy podpisany jest przez jedną tylko stronę. Takie pisma, ubrane zazwyczaj we formę listów, uzupełniają się nawzajem i stanowią jeden dokument, są też w użyciu zwłaszcza między kupcami, którzy wymieniają ze sobą terminatki, a tak samo przyjęte są przy zawieraniu umów ubezpieczenia, gdzie jedna strona podpisuje wniosek, a druga przesyła policę; możliwem też jest, że jedna strona stawia ofertę, a druga pisemnie ją przyjmuje. Formę wymiany dokumentów należy uznać za wystarczającą dla ważności układu o sąd polubowny, bo dwa dokumenty uzupełniające stoją na równi z jednym dokumentem. Czy zaś za formę pisemną uważać należy wymianę telegramów, to pozostawić wypada judykaturze, nie zachodzi zresztą potrzeba szczegółowego wymienienia tego przypadku w ustawie, bo ta forma rzadko jest używana dla zawierania kompromisu.

Koniecznem jest natomiast zastanowić się nad tem, czy uznać należy za dopuszczalny ustny układ w sprawach między kupcami. Podniesiono w ostatnich czasach, że między kupcami w sprawach handlowych przyjęty jest zwyczaj ustnego poddawania się orzecznictwu sądu polubownego, i że ten zwyczaj należy zatrzymać. Zdaniem naszem od przyjętej zasady odstąpić nie należy, gdyż spór o to, czy doszło do układu, może powstać nawet u porządnych kupców, nieporozumienie podczas pertraktacji nie jest bowiem wykluczone, a czasem trudno ocenić, czy doszło już do stanowczej umowy, czy też chodzi tylko o niewiążące jeszcze układy. Należy zatem kwestję jednolicie i bez względu na zajęcie stron unormować.

Forma pisemna w niektórych przypadkach nie powinna być wystarczającą. Jeżeli ustawa do ważności pewnego aktu wymaga szczególnej formy, jak sporządzenia aktu notarjalnego lub sądowego, to układ o sąd polubowny winien być zawarty w tej formie, o ile nie istnieje jeszcze umowa sporządzona we formie przepisanej. Inaczej mogłyby strony celem obejścia ustawowego przepisu o zachowaniu pewnej formy obrać formę układu i orzeczenia przez osobę podstawioną, możnaby więc np. przyrzeczenie darowizny lub ustanowienie posagu, dla których prawo austr. wymaga formy notarjalnej, zastąpić układem polubownym i orzeczeniem sądu polubownego. Aby do tego nie dopuścić, należy wymagać, by układ o sąd polubowny był zawarty

we formie przepisanej dla umowy będącej podstawą sporu, rozumie się jednak, że jest to zbędnem, jeżeli zawarto już w tej formie umowę materjalno-prawną.

Nie tylko jednak ustanowić należy wymóg pisemności dla układu o sąd polubowny, lecz ponadto wymagać się powinno dokumentu jako jedynego środka dowodowego dla stwierdzenia istnienia układu, bo tylko w ten sposób można zapobiedz konieczności prowadzenia dowodu na to, że umowa została zawartą na piśmie. Zdarza się bowiem, że strona występuje z twierdzeniem, że doszło do spisania dokumentu, nie przedkłada go jednak, powołując się na zgubę lub zniszczenie, wskutek czego prowadzi się dowody na fakt zawarcia kompromisu oraz jego treść; ponieważ to prowadzi do przewleczenia sprawy z ujmą dla samej rzeczy, przeto należy wymagać wyłącznego dowodu pisemnego na fakt zawarcia kompromisu.

d) Treść układu.

Układ o sąd polubowny może oznaczać nietylko spór poddany orzecznictwu sądu polubownego, lecz także skład tegoż sądu i sposób mianowania sędziów, formę postępowania i głosowania, miejsce siedziby sądu polubownego i t. d. To wszystko może być objęte układem, bo wiele postanowień ustawowych ma tylko znaczenie subsydjarne na przypadek, gdyby strony co innego nie postanowiły Wyjątkowo jednak, zgodnie z obowiązującem ustawodawstwem, niektórym postanowieniom ustawowym nadać należy moc bezwględnie obowiązująca, tak przepisowi o niedopuszczalności zrzeczenia się wykluczenia sędziów polubownych, których strona jeszcze nie zna, a nawet już znanych, jeżeli przyczyna wykluczenia zajdzie dopiero później, albo strona później o niej się dowie, nie można bowiem dopuścić do tego, aby w rozstrzygnieniu sprawy brał udział sędzia stronniczy.

Bezskutecznem powinno też być zrzeczenie się zaczepienia orzeczenia polubownego, o ile jeszcze nie zostalo wydane a właściwie doręczone, uznanie bowiem aktu procesowego może nastąpić dopiero po wydaniu a nie przedtem, kiedy treść jego nie jest jeszcze znaną.

Obok układu istnieć mogą dodatkowe umowy układ uzupełniające. Takie umowy należy co do mocy prawnej postawić na równi z układem, to też i forma ich powinna być taką samą, jaka wymagana jest dla układu, wystarcza jednak forma pisemna, jeżeli układ musi być sporządzony we formie innej a ta została zachowaną.

Jeżeli pewne postanowienie układu jest bezskuteczne, to przez to nie traci jeszcze układ w całości swojej mocy, może być bowiem

utrzymany mimo, że pewne jego części nie mają znaczenia; nie można przyjąć by strony chciały albo w całości układ utrzymać, albo w całości go uchylić.

II. Sędziowie polubowni.

a) Oznaczenie sędziów polubownych.

aa) Zasada.

Sąd polubowny może się składać z jednego lub kilku sędziów. Wymogiem nie powinno być, aby sprawą zajmowała się nieparzysta ilość sędziów, strony bowiem mogą mieć zaufanie do pewnych tylko osób a nie uchodzi w tym przypadku uniemożliwiać postępowania polubownego li tylko dlatego, że nie dobiera się innej jeszcze osoby. Wprawdzie może to doprowadzić do wyniku, że nie osiągnie się większości, ale nie zawsze musi to nastąpić, bo jednomyślność jest możliwa. Jeżeli zaś do niej nie dojdzie, to jedynym skutkiem będzie, że kompromis utraci swoją skuteczność, a to jest mniejszą niekorzyścią, niż uznanie go już z góry za pozbawiony wszelkiego znaczenia. To też uważamy za nieodpowiednie przepisy art. 8 proc. włos., art. 1367 proc. ros. i art. 1373 proc. kantonu Genewy, według których w układzie polubownym należy wymienić nieparzystą ilość sędziów.

W układzie o sąd polubowny można sędziów wymienić po imieniu i nazwisku, można jednak także pozostawić ich oznaczenie późniejszej chwili. Pierwsze przyjmują art. 1006 proc. franc. i art. 1371/1 proc. ros., podczas, gdy według prawa niemieckiego, austrjackiego i węgierskiego jest dopuszczalne i późniejsze oznaczenie sędziego polubownego. To ostatnie jest dopuszczalne zwłaszcza, gdy układ polubowny dochodzi do skutku w chwili zawarcia prywatno-prawnej umowy a więc w czasie, kiedy nie doszło jeszcze do sporu. Nie można bowiem żądać od strony, aby już z góry się krępowały i sędziego oznaczały. Oznaczenie sędziego powinno zaś nastąpić, gdy dochodzi do układu polubownego w chwili, gdy spór już powstał; to stanowisko zajmuje ustawa włoska w art. 11 i 12 przyjmując, że układ musi pod nieważnością oznaczać sędziów polubownych, późniejsze jednak wymienienie jest dopuszczalne, jeżeli spory przyszłe mają być rozstrzygnięte przez sąd polubowny. Mimo to niepodobna stron krępować, w ostatnim przypadku możliwem jest bowiem, że w zasadzie chcą się poddać orzecznictwu sądu polubownego, ale nie mogą jeszcze sędziów oznaczyć. wskazanem jest więc dopuszczenie układu bez wymienienia sędziów Wprawdzie jest to często nieodpowiedniem, gdyż późniejsze oznaczenie

sędziego polubownego prowadzi do nieporozumień i narazić może też jedną stronę na przewleczenie, ale trudno inaczej traktować układ co do powstałych już sporów a inaczej układ co do sporów powstać dopiero mogących. Ponieważ zaś niepodobna żądać w ostatnim przypadku, aby strony oznaczyły już z góry sędziów, przeto i w drugim przypadku jako możliwy uznać należy układ bez wymienienia sędziów polubownych, inaczej uniemożliwi się kompromis co do sporów w przyszłości powstać mogących, co więcej utrudni się wprost dochodzenie roszczenia, gdyż po latach zajść mogą okoliczności nowe, które uprawniają strony do wykluczenia osoby w układzie wymienionej.

Podnieść wyraźnie należy, że późniejsze wymienienie sędziego nie musi nastąpić przez obydwie strony, ważnym jest więc układ, w którym sędzia został już przez jedną stronę ustanowiony a drugi ma być dopiero wymieniony przez stronę przeciwną.

Jeżeli uznaje się jako skuteczny układ, w którym sędziowie polubowni sie są wymienieni, to należy unormować postępowanie co do ich zamianowania. W pierwszym rzędzie powinien co do tego roztrzygać układ, stronom należy bowiem pozostawić możność oznaczenia ilości sędziów polubownych i sposobu, w jaki to ma nastąpić, na wypadek jednak, gdyby układ nie zawierał żadnych postanowień, powinna ustawa normować w jaki sposób sędzia powinien byé zamianowany. Odnośnie do tego należy podnieść, że niepraktycznem byłoby postanowienie, iż obydwie strony mają zgodnie ustanowić sędziów polubownych, bo to może udaremnić kompromis, gdy nie dojdzie do porozumienia; to stanowi art. 1367 proc. ros., ale uwzględnić należy, że ta ustawa wymaga wymienienia sędziego już w układzie, postępuje więc tylko konsekwentnie, jeżeli ten sam wymóg stanowi dla układu dodatkowego. To też nie pozostaje nic innego, jak pozostawienie każdej stronie wymienienia po jednym sędziu polubownym, gdyż zbyt wielką ilość sędziów utrudnia przeprowadzenie postępowania i wydanie orzeczenia; taki przepis zawiera § 1028 proc. niem. § 550 proc. austr. i § 768 proc. węg. i taki sam przyjąć należy w ustawie. Nieodpowiedniem jest natomiast zdaniem naszem przepis art. 383 proc. bern. z roku 1918, który w razie, gdyby zapis żadnego nie zawierał postanowienia o wyborze sędziów i stronom tego prawa nie pozostawiał, przekazuje oznaczenie sędziów polubownych w ilości trzech prezydentowi sądu dla danej sprawy w braku kompromisu właściwego.

Nie można jednak ograniczyć się do przytoczonych postanowień, lecz ponadto należy umożliwić wybór trzeciego sędziego, aby w razie nieporozumienia doprowadzić do orzeczenia. Taki wybór powinien być możliwym nietylko wtedy, gdy kompromis nadaje sędziom polubownym moc oznaczenia zwierzchnika, jak to stanowi np. § 616/2 proc. dla

kantonu Wallis, lecz zgodnie z przepisami prawa austrjackiego w każdym przypadku, gdy brak w kompromisie wzmianki o ilości sędziów i o sposobie ich wymienienia; należy bowiem w tym przypadku, doprowadzić do orzeczenia a to osiągnie się, gdy ilość sędziów będzie nieparzysta.

Przepis przez nas proponowany nie powinien jednak osłabiać uprawnień stron, wybór więc zwierzchnika przez sędziego polubownego ma być niedopuszczalny, jeżeli z kompromisu jest widocznem, że nie ma to nastąpić; gdyby zatem strony poddały się orzecznictwu pewnej ilości sędziów, bądź to wymienionych, bądź niewymienionych, i nie wspomniały o zwierzchniku, wówczas jego wybór nie jest dopuszczalny.

Omówić jeszcze wypada sposób dokonania wyboru sędziego polubownego unormowany w § 498 i nast. p. c. węg. z roku 1881, bo jest on pod niejednym względem odpowiedni. Według tej procedury składa się sąd w razie braku umowy z czterech sędziów i zwierzchnika a strona drugiej stronie winna wymienić czterech sędziów, z których w przeciągu dni 15 wolno tejże dwóch wykluczyć, gdyby zaś tego nie uczyniła, przechodzi prawo wykluczenia na tę stronę, która sędziego wymieniła. W ten sposób już z góry można zapobiec następnemu wykluczeniu sędziego polubownego, co jest praktyczne, ale wtedy bezcelowe, gdy strona wymienia samych sędziów podejrzanych o stronniczość i dlatego ten system nie nadaje się do przyjęcia.

Oznaczenie sędziego może nastąpić w myśl zapisu nietylko przez stronę, lecz i przez osobę trzecią a nawet przez władze. Uznać to należy za dopuszczalne zgodnie z przepisem § 581 p. c. austr., ustanowienie bowiem sędziego a zwłaszcza zwierzchnika przez osobę trzecią daje większą gwarancję jego bezstronności, niż mianowanie przez strony, taki sędzia polubowny często uważa się raczej za zastępcę strony, niż za sędziego. Ze względu na to dopuścić należy możność ustanowienia sędziego przez trzecią osobę, ale tylko wtedy, gdy strony wyraźnie w zapisie sobie tego życzą, nie można zaś przelewać tego prawa na pewną osobę lub instytucję już wtedy, gdy zapis żadnej nie zawiera wzmianki o sposobie ustanowienia sędziów, w tym bowiem przypadku stronom wypada pozostawić moc wyboru sędziów polubownych.

Stanowiąc o sposobie ustanowienia sędziów polubownych powinna ustawa zawierać także przepis co do tego, jak mają oznaczyć sędziów polubownych towarzysze sporu. Ponieważ niemożliwem jest, aby każdy zamianował po jednym sędziu, przeto za przykładem § 768 proc. węg. należy umieścić przepis, że wspólnie wybierają sędziego, gdyby zaś co do jego osoby nie mogli się pogodzić, należy jako sędziego oznaczyć tego, na którego zgodziła się większość a w razie jej braku, na którego padł los.

bb) Oznaczenie przez sąd.

Istnieć powinno postanowienie umożliwiające zebranie się sądu polubownego na przypadek, gdy strona przeciwna nie czyni zadość swemu obowiązkowi i nie oznacza sędziego polubownego. Takie oznaczenie powinno nastąpić przez sąd, nieodpowiednim jest jednak przepis § 427 p. c. bośniackiej stanowiący, że stronę przeciwną można skarżyć o dopełnienie obowiązku, to prowadzi bowiem do długotrwałego procesu, poczem dopiero potrzebną jest egzekucja, aby cel osiągnąć. Nieodpowiedniem byłoby też pozostawienie stronie mianowania drugiego sędziego, nie uchodzi bowiem, aby strona przez mianowanie drugiego sędziego miała możność uzyskania korzystnego wyroku; takie postanowienie mieści się często w układzie na sąd polubowny, uznać je jednak należy za bezskuteczne, bo strona nie może mieć dominującego wpływu na treść orzeczenia a do tego dochodzi, jeżeli przyznaje się jej prawo oznaczenia wszystkich sędziów polubownych. Ponieważ więc droga procesu nie prowadzi do celu, ani też nie można przelać nominowania sędziego na stronę drugą a dla tych samych przyczyn nie można sędziemu polubownemu przyznać prawa przybrania sobie drugiego sędziego, przeto nie pozostaje nic innego, jak tylko oznaczenie przez sąd państwowy.

Odnośnie do formy postępowania przy zamianowaniu przez sąd zaznaczyć należy, że strona powinna stronę przeciwną wezwać do zamianowania sędziego, zwłoki nie można bowiem przyjąć tak długo, dopóki strona nie wie, że sędziego ma wymienić: to stanowisko zajmuje ustawa niemiecka, austrjacka i węgierska i stanowią w §§ 1029, 581, 770, że strona wezwana powinna w okresie tygodnia, 14 dni względnie 15 dni ustanowić sędziego i że sąd ma na wniosek strony oznaczyć sędziego dopiero wtedy, gdy wezwanie pozostaje bez skutku. Wezwanie o wymienienie sędziego powinno być wystosowane za pośrednictwem sądu i strona wezwana powinna sądowi wymienić osobę sędziego polubownego, tylko w ten sposób bowiem można następnie ocenić, czy strona wezwana zaniedbała swego obowiązku, czy też uczyniła mu zadość. Z ustaw obowiązujących uznaje procedura węgierska w § 770/3 wezwanie przez sąd jako dopuszczalne, zezwala jednak także na wezwanie notarjalne, ustawa austrjacka w § 581/3 zna tylko wezwanie przez notarjusza lub pocztę, zaś ustawa niemiecka zna tylko wezwanie pisemne: to wszystko jest nieodpowiednie, gdyż utrudnia stwierdzenie zwłoki, to też tylko wezwanie sądowe należy uznać jako powodujące skutki prawne.

Wezwanie sądowe do strony przeciwnej wystosowane nie powinno się ograniczać do upomnienia jej o nominację sędziego polubownego,

lecz oprócz tego powinno zawierać wymienienie ustanowionego przez stronę sędziego polubownego, co już obecnie przyjmują §§ 1029 niem. 581 proc. austr. 770 proc. węg.; z tego wynika, że strona przeciwna nie ma obowiązku zamianowania sędziego, jeżeli jej sędziego nie podano i dlatego w następstwie nie może sąd w jej miejsce sędziego wyznaczyć. To przyjąć należy, gdyż rzeczą strony jest zadość uczynić swemu obowiązkowi, jeżeli tego żąda od strony drugiej, nie uchodzi zaś żądać od przeciwnika, aby wprzód sędziego wymienił, strona nie może też żądać, aby wprzód strona przeciwna sędziego oznaczyła a następnie sąd zamianował w jej miejsce sędziego; kto żąda wydania orzeczenia przez sąd polubowny, ten powinien ze swej strony uczynić wszystko, co jest potrzebne, aby sąd się zebrał.

Co do czasu wymienienia sędziego polubownego zauważyć należy, że według stanu obecnego możliwe jest zamianowanie sędziego polubownego także po upływie ustawowego kresu, a więc aż do chwili, gdy sąd go wyznaczy. Zdaniem naszem kres ten powinien być prekluzywnym tak, że po bezskutecznym tegoż upływie strona traci możność zamianowania sędziego. Czasokres nie powinien być atoli ścisłym w tem znaczeniu, że strony w układzie nie mogą ustanowić albo krótszego, albo dłuższego czasu do wymienienia sędziego polubownego: to powinno być bezwarunkowo dopuszczalne, czego jednak obowiązujące prawo nie uznaje.

Pytanie zachodzi, jak sąd winien postąpić po bezskutecznym upływie kresu a więc, czy z urzędu, czy też tylko na wniosek ma oznaczyć sędziego: zdaniem naszem należy wyczekiwać wniosku strony a to przyjmują obecnie §§ 1079/2 niem., 582 austr., 772 węg.

Postępowanie odnoszące się do zamianowania sędziego polubownego przez stronę przeciwną należy stosować także wtedy, gdy w myśl zapisu ma to uczynić trzecia osoba, co też przyjmuje prawo austrjackie. Należy więc wezwać ją przez sąd, poczem na wniosek powinien sąd w jej miejsce oznaczyć sędziego; nie można zaś przyjąć, że kompromis traci moc, jeżeli trzecia osoba nie oznaczy sędziego polubownego, oświadczenie osoby trzeciej może być bowiem przez sąd zastąpione.

Sądowi należy wreszcie przyznać moc oznaczenia zwierzchnika, jeżeli obaj sędziowie polubowni nie mogą co do jego osoby się pogodzić. Zaznaczyć atoli należy, że niedopuszczalnem powinno być postanowienie zapisu, że zwierzchnik w każdym razie ma być przez sąd ustanowiony; stronom nie należy bowiem przyznać prawa narzucenia już z góry sądowi czynności, które mogą być przez inne osoby wykonane, to też w pierwszym rzędzie sędziowie polubowni powinni wybrać zwierzchnika a sąd państwowy dopiero wtedy, gdy jest to niemożliwem.

Wniosek o zamianowanie zwierzchnika powinien wyjść od sędziego polubownego lub od jednej ze stron: ustanowienie zwierzchnika przez sąd powinno być możliwe już wtedy, gdy sędziowie polubowni co do tegoż wyboru nie mogą się pogodzić, nie należy zatem przyjąć przepisu art. 1017 proc. fran., według którego sąd ustanowić może zwierzchnika tylko wtedy, gdy sędziowie polubowni co do jego osoby są w niezgodzie a układ polubowny wyraźnie stanowi, że w razie niezgody co do oznaczenia należy go wybrać.

Wezwanie strony do przeciwnika skierowane o zamianowanie sędziego polubownego należy mu doręczyć bez jakiejkolwiek bądź uchwały a odrzucić w razie, gdy nie zawiera wszelkich wymogów w szczególności, jeżeli nie jest w niem wymieniony sędzia polubowny i strona nie wykazuje, że nie ma do tego obowiązku n. p. z powodu, że sędzia polubowny został już z jej strony zamianowany. Takie oświadczenie przeciwnika powinien sąd doręczyć bez uchwały.

Uchwałę winien sąd powziąć, jeżeli żąda się zamianowania sędziego polubownego, przed załatwieniem wniosku jednak należy przesłuchać strony bądź ustnie, bądź w drodze pisemnej. Od zamianowania sędziego nie powinien być dopuszczalny środek prawny, co wyraźnie podnosi § 582 p. c. austr., rozumie się, że nie może to dotyczyć tej części uchwały, którą przyjęto, że prawo nominacji sędziego przeszło na sąd; przeciwnik może więc żalić się na uchwałę sądową, jeżeli podniósł, że nie zachodzą wymogi sądowego oznaczenia sędziego polubownego a sąd tego zarzutu nie uwzględnił.

cc) Zmiana sędziów polubownych.

Każdą stronę uważać należy jako związaną ustanowieniem sędziów polubownych już od chwili, gdy stronę przeciwną o zamianowaniu zawiadomiono, w miejsce więc sędziów w układzie albo później na tegoż podstawie oznaczonych nie można zamianować innych. To stanowią § 1030 p. c. niem. i § 581/4 p. c. austr. ale i według prawa rosyjskiego rzecz ma się tak samo, bo art. 1384 podnosi wyraźnie, iż musi dojść do porozumienia między stronami, by w miejsce ustanowionych w zapisie sędziów inni mogli się zająć sprawą, bez znaczenia jest zaś art. 1376, w którym jest mowa o zmianie arbitrów i wymienione są przypadki jej dopuszczalności.

Uwzględnić jednak należy, że sędzia polubowny może być ustanowiony bez poprzedniego zasięgnięcia jego zgody, na ten zaś przypadek jest potrzebne postanowienia w ustawie. Dwa wypadki odróżnić atoli wypada a mianowicie, gdy sędzia w zapisie ustawiony urzędu nie przyjmuje i gdy to oświadcza sędzia dopiero później na podstawie zapisu oznaczony. W przypadku pierwszym układ traci swoją moc obo-

wiązującą, bo strony nie można zmuszać do tego, aby nowego sędziego zamianowała: możliwie bowiem poddano się sądowi polubownemu tylko ze względu na wymienioną w układzie osobę sędziego a nie uczynionoby tego, gdyby pewnem było, że nie przyjmie ona urzędu. Inaczej jednak ma się rzecz, gdy w układzie nie jest wymieniony sędzia polubowny; w tym przypadku ponownie należy wymienić arbitra, nie uchodzi zaś zapis uznawać bezskutecznym. To jednak prowadzi do przewleczenia postępowania, aby więc temu zapobiedz wypada zgodnie z przepisem § 770 proc. węg. przyjąć, że zawiadomienie strony przeciwnej o ustanowieniu sędziego polubownego nie wystarcza, lecz koniecznem jest także doniesienie, iż sędzia przyjął już urząd, co więcej należy też przedłożyć dokument na to, że przyjęcie nastąpiło, a tak samo powinna postąpić strona wezwana, jeżeli nie chce narazić się na to, że sąd w jej miejsce ustanowi sędziego polubownego. Przepis taki jest w stanie zapobiedz obecnemu stanowi, w myśl którego w razie odmówienia przyjęcia urzędu, wezwać należy stronę o zamianowanie innego sędziego, a to przyczynia się do utrudnienia dochodzenia prawa.

Ponowne wezwanie stron do zamianowania sędziego polubownego jest bezwarunkowo konieczne wtedy, gdy sędzia polubowny umiera albo z innego powodu odpada np. gdy popada w ciężką chorobę umysłową, skutecznie zostaje uchylony, nie wykonuje przyjętych obowiązków, obejmuje urząd sędziego państwowego i t. p. W tych przypadkach zgodnie z postanowieniami § 1031 proc. niem. § 581 proc. austr. i § 776 proc. węg. przyjąć należy takie same postępowanie, jakie jest unormowanie na przypadek, gdy strona przeciwna nie mianuje sędziego polubownego. Jeżeli jednak sędzia polubowny nie spełnia swoich obowiązków, sąd państwowy na wniosek strony powinien wezwać go wprzód do spełnienia urzędu i usunąć dopiero, gdyby zleceniu nie uczynił zadość, wobec czego strona dopiero po tym czasie wezwać może drugą o ustanowienie innego sędziego. Ta forma postępowania jest o wiele odpowiedniejszą niż przyjęta w prawie austrjackim, w którem nie badając prawdziwości twierdzenia wnioskodawcy sąd państwowy poleca ustanowienie innego sędziego polubownego, a następnie na wniosek mianuje go w miejsce strony, wskutek czego powstaje pytanie, czy orzeczenie wydane przez sędziego przez sąd zamianowanego skutecznie może być zaczepione z powodu, że sędzia przez stronę wymieniony wcale nie zwlekał z spełnieniem obowiązków. Zdaniem naszem nie należy też przyjąć postępowania unormowanego w prawie niemieckiem, które dopuszcza wykluczenia sędziego zwlekającego z czynnością, wskutek czego sąd badać ma, czy zachodzi zwłoka i wydać winien orzeczenie dopiero po przeprowadzeniu dochodzeń. System ten jest wprawdzie odpowiedniejszy, najwłaściwszym jednak jest, zdaniem naszem, propo-

nowany przez nas przepis, gdyż polecenie sądowe wykonania obowiązków jest na zewnątrz widoczne i dlatego umożliwione ocenienie, czy zachodzi przewleczenie postępowania.

Omówić jednak wypada kwestję zmiany zwierzchnika, gdy osoba wybrana urzędu nie przyjmuje. Zdaniem naszem przyznać należy sędziom polubownym moc wybrania osoby innej, a nie można dopuszczać do uznania kompromisu bezskutecznym z powodu, że jeden ze sędziów nie chce przyjąć powierzonego mu urzędu, nie można też prawa wyboru przelewać na sąd państwowy.

b) Osoby niezdolne do pełnienia urzędu sędziego polubownego.

aa) Bezwarunkowa niezdolność.

Niektóre osoby nie powinny sprawować urzędu sędziego polubownego a w szczególności należy to zaznaczyć co do osób, które nie umieją lub nie mogą czytać lub pisać. Jeżeli stanowi się, że orzeczenie polubowne ma być podpisane, to od sędziów polubownych wymagać należy, aby umieli czytać i pisać, nie wystarcza zaś dopuszczalność uchylenia osoby, która z powodu nieuctwa lub wad fizycznych nie czyta lub nie pisze.

Niektóre ustawy idą dalej i ograniczają zdolność pełnienia urzędu sędziego polubownego do krajowców; art. 10 proc. włos. stanowi, że sędziami polubownemi mogą być obywatele włoscy i cudzoziemcy z czego wynika, że zapobiedz chciano wątpliwościom, czy cudzoziemcy posiadają zdolność pełnienia urzędu sędziego polubownego. Za niezdolnych do pełnienia urzędu sędziego polubownego uznaje się też kobiety i małoletnich, oraz osoby wykluczone od urzędu państwowego tak np. w myśl art. 10/2 proc. włos.; taki przepis jest nieodpowiedni, bo wystarcza postanowienie, że w wymienionych przypadkach na zarzut strony drugiej osoba ma być usunięta od urzędu sędziego polubownego.

Zastanowić się wypada nad tem. czy dopuścić należy czynnych sędziów do sprawowania urzędu sędziego polubownego. Takie postanowienie mieści się w niektórych ustawach, w szczególności za przykładem dawnych przepisów stanowi § 578 proc. austr., że sędziom pozostającym w służbie nie wolno przyjmować urzędu sędziego polubownego; spornem jest jednak, czy wskutek tego przepisu wydane orzeczenie jest bezskuteczne, czy też powołany przepis zawiera jedynie zakaz skierowany do sędziów powodujący w razie przekroczenia karę dyscyplinarną, ale nie pociągający za sobą żadnych zgoła skutków procesowych. Podobnie miała się rzecz w prawie rosyjskiem odnośnie do sędziów pokoju, obecnie jednak uważa się ich za zdolnych do obejmowania funkcji

sędziego polubownego. Zdaniem naszem przepis prawa austrjackiego jest odpowiedni; sędziów czynnych uważać należy za niezdolnych do sprawowania funkcji sędziego polubownego, nie uchodzi bowiem, aby sprawę załatwiła jako sędzia polubowny osoba, która jako sędzia państwowy możliwie będzie roztrzygać. To może doprowadzić do nieodpowiednich zawikłań, a nawet do podejrzenia, że sędzia narzuca się stronom zwłaszcza, gdy pobiera wynagrodzenie za swoje czynności polubowne; aby to uniemożliwić, wystarcza wprawdzie postanowienie, jakie zawiera § 421/3 proc. bośn.. że nie może być ustanowionym sędzią polubownem ten, kto jest zajętym w sądzie, który byłby powołanym do załatwienia sprawy przekazanej sądowi polubownemu albo przepis podobny do § 685 proj. austr. proc. cyw. z roku 1881, który wyklucza sędziów zajętych w sądzie pierwszej i drugiej instancji powołanym do załatwienia sprawy poddanej orzecznictwu sądu polubownego, ale ograniczenie takie jest trudne, bo dojść może do tego, że osoba ustanowiona sędzią polubownym dopiero w toku postępowania przeniesioną zostaje do sądu właściwego, wskazanem jest więc wykluczenie sędziów w ogóle i bez jakiegokolwiek ograniczenia. Rozumie się, że niezdolnym staje się nietylko ten, kto w chwili sporządzenia zapisu lub nominacji jest sędzią państwowym, lecz i ten, kto dopiero po ustanowieniu go sędzią polubownem obejmie urząd sędziego państwowego.

Sędzią polubownym ustanawiają często strony osobę prawniczą lub zdają się na pewien urząd np. na fakultet uniwersytecki, izbę adwokacką, handlową i przemysłową, lekarską, inżynierską i tp.; według § 254 proc. dla kantonu St. Gallen można nawet sąd ustanowić sędzią polubownym, ale ten może odmówić przyjęcia. Zdaniem naszem ustanowienie osoby prawniczej sędzią polubownem nie powinno być dopuszczalne, co i obecnie wielu prawników przyjmuje, nie jest bowiem pewnem, kto w tym przypadku wyda orzeczenie, a trudno jest, aby wszelkie organy sprawą się zajęły. Ponadto nie jest łatwe przeprowadzenie postępowania ustnego a to powinno być w zasadzie stosowane; rozumie się, że inną jest kwestja, czy uznać należy stałe sądy polubowne przy niektórych instytucjach, jak przy izbach handlowych. giełdach i tp. i czy dopuścić należy poddanie się orzecznictwu pewnych sądów, które od przypadku do przypadku składają się w pewien oznaczony sposób i to przez wybór z listy sporządzonej przez pewną korporację publiczną.

bb) Wykluczenie sędziego polubownego.

Przyczyny uzasadniające wykluczenie sędziego państwowego należy odnieść także do sędziego polubownego, ale tylko wtedy, gdy ani nie został w układzie ustanowionym, ani w następstwie przez oby-

dwie strony wybranym, w tych przypadkach bowiem obydwie strony dały wyraz zaufaniu do sędziego, wykluczenie nie powinno więc być dopuszczalne, chociażby nawet istniały uzasadniające je przyczyny; to stanowi też § 586 proc. austr. i 774 proc. węg. Inaczej atoli rzecz należy traktować, gdy sprawą ma się zająć osoba, na której wybór strony nie mają wpływu, dalej, gdy przyczyna wykluczenia powstała po ustanowieniu sędziego albo też strona później o niej się dowiedziała: zgodnie z prawem austrjackiem i węgierskiem oraz art. 1014 proc. fr. należy więc w tym wypadku wykluczenie dopuścić, bo strona albo nie miała możności albo też powodu do wykluczenia.

Ustawa niemiecka w § 1032/3 i węgierska w § 774/1 stanowią, że wykluczyć można kobiety, małoletnich, głuchych i niemych a niemiecka dopuszcza wykluczenia osób, którym odebrano prawa obywatelskie, węgierska zaś te, które zasądzono na utratę urzędu, albo które zawieszono w wykonaniu praw politycznych; ustawa węgierska nadaje też prawo wykluczenia osób zostających pod kuratelą lub będących w konkursie i ciemnych. Zdaniem naszem podane przyczyny należy przyjąć, ale z wyłączeniem dopuszczalności wykluczenia kobiet, wobec obecnego ustawodawsta i stosunków społecznych bowiem nie można ich uznać niezdolnemi do sprawowania urzędu sędziego polubownego.

Prawo niemieckie stanowi ponadto, że wykluczyć można sędziego zwlekającego ze spełnieniem swoich obowiązków; inne ustawodawstwa nadają stronie w tym przypadku tylko prawo żądania, aby strona przeciwna ustanowiła innego sędziego. Między obydwoma systemami zachodzi różnica w sposobie postępowania, bo inaczej orzeka się o uchyleniu sędziego a inaczej postępuje się, gdy od strony drugiej żąda się aby innego sędziego ustanowiła: różnica jest jednak i rzeczową, gdyż wykluczyć może sędziego i ta strona, która go ustanowiła, nie może zaś w miejsce jego zamianować innego, gdy druga strona tego od niej nie żąda. Zdaniem naszem przepisu prawa niemieckiego nie powinno się przyjąć.

Wykluczyć sędziego powinna strona natychmiast po rozpoczęciu postępowania, lub gdy tylko dowiedziała się o przyczynie wykluczenia. O tem orzeka według prawa austrjackiego sąd polubowny, jeżeli zaś nie uwzględnił wniosku strony, to w myśl § 596/1 4. p. c. dopuszczalne jest zaczepienie orzeczenia polubownego; inaczej traktuje rzecz prawo niemieckie i węgierskie, według których sąd państwowy orzeka o wykluczeniu i to na wniosek strony, w myśl prawa węgierskiego po ustnej rozprawie i ewentualnem przesłuchaniu sędziego, którego wykluczono, według prawa niemieckiego zaś bez uprzedniej ustnej rozprawy, jednak po przesłuchaniu przeciwnika. Przepisy tych ostatnich ustaw są odpowiednie, bo zapobiegają wydaniu nieważnego orzeczenia, przy-

jąć je więc wypada z tem, że sąd polubowny wstrzymać może postępowanie aż do prawomocnego załatwienia wniosku o wykluczenie sędziego polubownego. Aby jednak nie dopuścić do swawolnych wniosków dążących do udaremnienia postępowania polubownego w razie, gdy zapis jest czasowo ograniczony, należy postanowić, że w razie wstrzymania postępowania z powodu wykluczenia sędziego polubownego, czas trwania układu polubownego przedłuża się na tak długo, jak długo przed sądem państwowym prowadzi się postępowanie na wniosek o wykluczenie sędziego polubownego. Wobec tego zarzucić należy formę przyjętą w prawie austrjackiem prowadzącą do bezskutecznego orzeczenia polubownego; nie należy też przyjąć formy procesu przyjętej poprzód w prawie niemieckiem i dopiero nowelą z roku 1898 uchylonej; od uchwały, która zapada na wniosek strony powinien być dopuszczalny środek prawny tak, jak to przyjmuje prawo niemieckie i węgierskie.

c) Obowiązek spełnienia urzędu.

Że do przyjęcia urzędu sędziego polubownego nie można nikogo zniewolić, to wynika z ogólnych zasad prawnych; wyraźnie podnosi to § 579 proc. austr. Jakkolwiek przepis taki jest zbędny, to jednak należy go umieścić, aby nie było wątpliwe, że osoba przez sąd państwowy zamianowana nie ma obowiązku przyjęcia narzuconego jej urzędu.

Przyjęcie urzędu następuje z reguły we formie ustnej i według art. 13. proc. włos., art. 375 proc. kantonu Genewy, art. 627 proc. holend. art. 1370 ros. i § 773/1 proc. węg. jednak ma nastąpić na piśmie, przyczem według prawa włoskiego wystarcza umieszczenie podpisu na układzie, a według prawa węgierskiego uważać należy za przyjęcie urzędu podpisanie dokumentu zawierającego zamianowanie lub wybór sędziego polubownego. Zdaniem naszem forma pisemna jest odpowiednią, zapobiega bowiem sporom co do tego, czy sędzia przyjął urząd polubowny.

Sędzia, który przyjął urząd, powinien go spełnić i odstąpić od od niego może tylko za zgodą obydwu stron, nie wystarcza więc zwolnienie przez stronę, która go zamianowała, nie można bowiem dopuścić do tego, aby wskutek porozumienia strony z obranym sędzią sprawa mogła uledz zwłoce. Pytanie jednak zachodzi, kiedy sędzia jest związany wobec strony drugiej a nie tej, która go sędzią ustanowiła; zdaniem naszem zgodnie z przepisem § 773/2 proc. węg. przyjąć należy, że jest związanym od chwili, gdy stronę uwiadomiono o przyjęciu urzędu.

Mimo przyjęcia urzędu może sędzia polubowny od przyjętego zobowiązania z uzasadnionych powodów odstąpić; to prawo przyznać mu należy zgodnie z § 579 proc. austr. i § 773/3 proc. węg.; jakie zaś przyczyny mają być uznane jako uzasadnione, to powinien sąd ocenić w każdym poszczególnym przypadku.

Sędzia, który bez powodu nie spełnia czynności, według niektórych ustaw może być zmuszony do wykonania urzędu, inne milczą o tem, czy sędziego można do tego zmusić w szczególności do wydania i podpisania orzeczenia, wskutek czego przyjmuje się, że skarga o przeprowadzenie rozprawy i o wydanie orzeczenia nie jest dopuszczalną, że natomiast sędzia polubowny odpowiada obydwu stronom za szkodę spowodowaną swoją bezczynnością lub opóźnieniem, co w szczególności stanowi art. 34/3 proc. włos. § 584/2 proc. austr. i 773/4 proc. węg. Prawo węgierskie idzie jeszcze dalej i stanowi, że na wniosek którejkolwiek strony sąd może skazać sędziego polubownego na karę pieniężną do kwoty 2.000 K., jeżeli bez uzasadnionego powodu nie czyni zadość swoim obowiązkom wypływającym z przyjęcia wyboru albo też, jeżeli zwleka z dopełnieniem zobowiązania, przeciw czemu dopuszczalne jest zażalenie; podobne przepisy zawierają: § 740 dawnej proc. kantonu Zurych, § 479 proc. kantonu Szafuzy i § 296 proc. kantonu Bazyleja okolica.

Zdaniem naszem pozew przeciw sędziemu polubownemu o dopełnianie zobowiązania nie powinien być dopuszczalny, gdyż nie ma celu, trudno bowiem uzyskać należyte orzeczenie od sędziego, który wydaje je pod przymusem. Natomiast wskazane jest ustanowienie kary na sędziego, który odmawia dopełnienia obowiązków albo zwleka ze spełnieniem urzędu, dalej powinien taki sędzia odpowiadać obydwu stronom za szkodę zwłoką spowodowaną, rozumie się jednak, że nie może to dotyczyć sędziego, który z przyczyn uzasadnionych uchyla się od obowiązku. Aby jednak nie udaremnić sądu polubownego, należy stronie umożliwić uzyskanie nominacji innego sędziego, na wniosek więc powinien sąd państwowy sędziego opieszałego usunąć a zarazem zamianować innego w razie, gdyby strona mimo wezwania tego nie uczyniła, co jednak może się odnosić tylko do przypadku, gdy sędzia nie jest w układzie wymieniony lub nie został zgodnie przez obydwie strony zamianowany, bo w tych przypadkach nie można narzucić sędziego w miejsce przez strony już z góry obranego. Przepis o możliwości usunięcia sędziego i zamianowaniu innego jest w zupełności wystarczający zwłaszcza, jeżeli jeszcze przyjmie się postanowienie, że podpis sędziego na orzeczeniu jest wtedy zbędny, gdy go większość umieszcza, a sędzia bez powodu umieszczenia odmawia.

W celu należytej ochrony stron należałoby w razie nadmiernej

przewłoki nadać im jeszcze prawo domagania się uznania układu kompromisarskiego bezskutecznym, co głównie wtedy jest potrzebne, gdy sędzia w układzie wymieniony zwleka ze spełnieniem swoich obowiązków; w tym przypadku nie można uzyskać ustanowienia innego sędziego, stronie jednak umożliwić należy dochodzenie prawa, to zaś może być osiągnięte tylko przez uznanie zapisu bezskutecznym.

III. Zgaśnięcie mocy układu polubownego.

a) Samo przez się.

aa) Upływ czasokresu.

Dawne prawo dopuszczało jednostronnego odstąpienia od układu polubownego a według § 1487 proc. turec. jest ono i obecnie tak długo dopuszczalne, dopóki nie wydano orzeczenia. Do jednostronnego odstąpienia od układu polubownego nie podobna atoli dopuścić, z czego jednak nie wynika, aby układ wiązał strony bezwarunkowo i aby za ich zgodą nie mógł być rozwiązany; uznać to należy za niewątpliwe, wyraźnie jednak podnoszą dopuszczalność zgodnego rozwiązania układu polubownego art 34 proc. włosk. i art. 1384 proc. ros. Obowiązujące ustawy nie wymagają, aby umowa układ rozwiązująca zawartą była w pewnej formie a praktyka austrjacka przyjmuje ustną umowę jako wystarczającą; wskazaną jest jednak forma pisemna, aby nie dopuścić do prowadzenia dowodów na to, czy doszło do rozwiązania kompromisu a zajdzie to, gdy powód replikując na zarzut pozwanego, iż poddano się orzecznictwu sądu polubownego, powoła się na umowę rozwiązującą, przez co spór w rzeczy samej doznaje przewłoki.

Nietylko wskutek umowy rozwiązującej traci układ swoją moc obowiązującą, lecz i z powodu upływu czasu. Często strony w układzie oznaczają czasokres, w przeciągu którego postępowanie winno być ukończone a zarazem orzeczenie wydane; taką umowę uznać należy jako skuteczną, nie można bowiem dopuścić do tego, aby układ przez czas nie oznaczony wiązał strony; i obecnie powszechnie przyjętą jest dopuszczalność czasowego ograniczenia mocy układu polubownego. Nieodpowiedniem jest natomiast postanowienie, że i bez umowy stron układ traci swoją moc z upływem pewnego czasu, co stanowią art. 1007 i 1012 l. 2 proc. fr., art. 34 l. 4. proc. włosk. i art. 1374 proc. ros.; w myśl tych ustaw zapis na sąd polubowny gaśnie po upływie trzech miesięcy względnie 90 dni a według ostatniej ustawy w przeciągu czterech miesięcy, o ile nie zawiera innego kresu i strony zgodnie go nie przedłużą. Z góry nie da się bowiem oznaczyć, jak długo

trwać będzie postępowanie, to też układ uznać należy za wiążący przez czas nieograniczony a stronom przyznać wypada tylko moc czasowego ograniczenia jego skuteczności.

Z chwilą, gdy minie ustanowiony przez strony kres, zapis powinien sam przez się utracić moc wiążącą, do dochodzenia roszczenia przed sądem państwowym nie należy więc wymagać, aby uprzednio uznano moc jego za zgasłą, co w praktyce austrjackiej często przyjmowano; jeżeli bowiem czasowo ograniczono zapis, to nie można przyznać mu mocy po upływie ustanowionego przez strony kresu.

Czasokres, przez który zapis ma być jako skuteczny uważany należy w braku odmiennego postanowienia umownego liczyć od dnia zawarcia, nie zaś od dnia przyjęcia urzędów przez sędziów polubownych, co stanowi art. 34 l. 3. proc. włosk. w przypadku, gdy układ sędziów nie oznacza; tego ostatniego przepisu nie można polecić, bo często trudno ustalić chwilę, w której nastąpiło przyjęcie urzędu sędziego polubownego.

Jak już wyżej podnieśliśmy, kres w układzie ustanowiony powinien być wstrzymany, jeżeli strona w sądzie postawiła wniosek o wykluczenie sędziego; inne okoliczności zaś powinny pozostać bez wpływu na upływ czasu, nie należy zatem przyjmować przepisu podobnego do dostanowienia art. 1013 i 1015 proc. fr., że czas sporządzenia inwentarza po śmierci powodu nie ma być liczony, dalej że sprawa kryminalna o tyle ma wpływ, iż kres liczyć należy dopiero od jej ukończenia.

bb) Z innych przyczyn.

Układ traci swoją moc, jeżeli na jego podstawie sędziowie mają być przez strony ustanowieni a co do osób nie może dojść do porozumienia.

Nie można układu trzymać w dalszej mocy, jeżeli dokładnie oznacza sędziego a ten umiera albo staje się niezdolnym do pełnienia urzędu z powodu choroby umysłowej lub też z powodów innych, jak objęcia urzędu sędziego państwowego, skutecznego wykluczenia i t. p., wreszcie gdy urzędu nie przyjmuje albo też składa go z ważnych przyczyn; to przyjmują też art. 1012 proc. franc., art. 1384 proc. ros., art. 34 proc. włos., § 1033 proc. niem., § 583 proc. austr., § 775 proc. węg. i art. 392 l. 1 proc. bern., która też podnosi w art. 342 l. 2, że układ polubowny gaśnie, jeżeli sędzia wspólnie przez strony ustanowiony wszedł w taki stosunek do jednej z nich, że jako sędzia państwowy mógłby być uchylony. We wszystkich wymienionych przypadkach brak sędziego polubownego, nie można zaś innym osobom nadać prawa załatwienia sprawy albo też pozostałym sędziom polubownym przyznać

moc przybrania innego sędziego, to też układ gaśnie w zupełności. Jeżeli jednak strony w układzie postanowiły, co ma nastąpić w przypadku, gdy sędzia polubowny odpada, to powinno to być wiążące; w praktyce prawa austrjackiego przyjmowano atoli, iż bezskutecznem jest postanowienie układu, że sędziowie pozostali po odpadnięciu jednego sędziego mogą wydać orzeczenie tak w szczególności w razie, gdy sędzia uchyla się od podpisania orzeczenie, a dla uzasadnienia podniesiono, iż wszyscy sędziowie winni podpisać orzeczenia, od którego to bezwarunkowo wiążącego postanowienia nie można w drodze umowy ustąpić. Stanowisko to jest słuszne, aby jednak zapobiedz zgaśnięciu mocy układu, przyjąć należy postanowienie, w myśl którego podpis sędziego może być zastąpiony orzeczeniem sądowem.

Postanowienia, że w niektórych przypadkach zapis traci swoją moc z powodu odpadnięcia sądziego, nie można odnieść do przypadku, gdy sędzia nie jest w układzie wymieniony, lecz dopiero później na jego podstawie ustanowiony; w miejsce tego bowiem sędziego, który odpadł, powinna strona ustanowić innego, zaczem zapis winien być w mocy utrzymany.

Układ traci swoją skuteczność także wtedy, gdy wprawdzie sędzia nie odpada, ale z innego powodu nie może dojść do orzeczenia. Zajdzie to, gdy osiągnięcie większości głosów albo też jednomyślności jest niemożliwe; to ostatnie nastąpi, gdy tylko dwaj sędziowie mają się zająć sprawą. Podnoszą to art. 1033 12 proc. niem., § 591 proc. austr. i § 775 l. 2 proc. węg. a tę samą zasadę wypowiada także art. 1012 l. 3. proc. franc. zaznaczając, że układ traci moc, gdy zdania są podzielone a sędziom nie przyznano na ten przypadek prawa wybrania trzeciego Przepis taki jest odpowiedni, właściwym jest też przepis prawa austrjackiego, że sędziowie o niemożności wydania orzeczenia winni zawiadomić strony.

Ustawa francuska i rosyjska przyjmują i inne jeszcze przyczyny zgaśnięcia układu; i tak w drugiej wymienioną jest śmierć powoda lub pozwanego albo objawienie się czynu karygodnego, w pierwszej zaś śmierć strony wtedy, gdy jeden ze spadkobierców nie jest pełnoletnim. Przyczyn tych nie należy uznać za powodujące zgaśnięcie mocy układu polubownego, bo ten wiązać powinien nie tylko strony, lecz i prawonabywców oraz spadkobierców.

b) Uznanie zapisu bezskutecznym.

W poprzednio omówionych przypadkach układ traci sam przez się swoją skuteczność; istnieć jednak mogą przypadki, w których nie można odbierać mu mocy już z powodu zaistnienia pewnych okoli-

czności, lecz tylko wtedy, gdy strona życzy sobie, aby dla pewnych przyczyn uznano go bezskutecznym. Tak ma się rzecz w szczególności, jeżeli sędzia zamianowany w układzie albo też na jego podstawie ustanowiony zwleka ze spełnieniem urzędu, przez co zapis nie traci jeszcze swojej skuteczności, bo nie jest wykluczonem, że sędzia później przystąpi do czynności i wyda orzeczenie. Stanowisko to zajmuje ustawodawstwo niemieckie, austrjackie i węgierskie, drugie wymaga jednak nadmiernej zwłoki a trzecie dopuszcza w § 780 tylko wtedy odstąpienia od układu, jeżeli w przeciągu czasu przez sąd państwowy mu zakreślonego sąd polubowny nie wydaje orzeczenia; uznanie bezskuteczności ma nastąpić nie tylko wtedy, gdy sędzia jest w zapisie ustanowiony, lecz także wtedy, gdy go na podstawie układu oznaczono, obok prawa więc, aby strona druga w miejsce sędziego polubownego inną zdatną osobę ustanowiła sędzią polubownym, przyznaje się jej także prawo odstąpienia od układu.

Przepis o uznaniu układu bezskutecznym z powodu zwłoki we wydaniu orzeczenia przyjąć należy, bo nie można sprawy przed dłuższy czas pozostawić w zawieszeniu, ograniczyć go jednak należy do przypadku, gdy nie poszczególny sędzia, lecz cały sąd polubowny nadmiernie zwleka ze załatwieniem sprawy i w zakreślonym czasie nie wydaje orzeczenia, jeżeli bowiem zwłoka trafia poszczególnego sędziego, wówczas można go innym zastąpić i dlatego w tym przypadku nie powinno być możliwe uznanie układu bezskutecznym.

Uznanie zapisu bezskutecznym winno nastąpić przez sąd państwowy na wniosek strony, dopóki zaś to nie nastąpi, uważać go należy jako obowiązujący, sprawa więc przedstawia się inaczej, jak w przypadku, gdy zajdą okoliczności uzasadniające zgaśnięcie układu. Jedynie wtedy, gdy na podstawie układu strony zgodnie mają ustanowić sędziów polubownych a nie dochodzi do porozumienia, należy wymagać orzeczenia sądowego dla uznania zapisu bezskutecznym chyba, iż strony brak zgody stwierdzą pisemnie, nie można bowiem dopuścić do tego, aby dopiero w procesie badano kwestję, czy między stronami zachodzi brak porozumienia co do osoby sędziów polubownych.

Wniosek o uznanie układu bezskutecznym postawić może każda strona a więc tak ta, która ustanowiła sędziego, jak i przeciwna; w ustawie zaznaczyć to należy ze względu na objawione w praktyce wątpliwości.

c) Postępowanie w celu uznania układu bezskutecznym.

Między przypadkiem, w którym układ sam przez się traci swoją moc, a przypadkiem w którym tylko na wniosek strony przez sąd wi-

nien być uznany bezskutecznym, zachodzi różnica; w pierwszym bowiem przypadku przed sądem państwowym wystąpić można ze skargą o roszczenie, co do którego istnieje zapis, chociaż nie orzeczono jeszcze tegoż bezskuteczności, w drugim zaś zapis wiąże tak długo, dopóki prawomocnie nie uznano go bezskutecznym, orzeczenie sądowe wypowiadające bezskuteczność układu polubownego posiada więc moc konstytutywną, zaczem też przed jego wydaniem droga procesowa jest niedopuszczalną. Jakkolwiek w przypadku, w którym układ sam przez się traci swoją skuteczność, osobne orzeczenie sądowe ten wynik stwierdzające jest zbędne, to jednak należy je dopuścić; rozumie się, że sąd ma w tym przypadku tylko stwierdzić istnienie wymogów ustawowych, orzeczenie jego ma więc tylko moc deklaratywną.

W obydwu przypadkach, a więc tak wtedy, gdy orzeczenie sądowe jest deklaratywne, jak i wtedy gdy ma moc kostytutywną, postępowanie w sądzie państwowym opierać się powinno na wniosku a nie na formalnym pozwie; na wniosek należy zarządzić przesłuchanie stron a następnie wydać uchwałę, od której środek prawny winien być dopuszczony. Przesłuchanie stron uznać należy jako wystarczające, ustna rozprawa przyjęta w § 584 proc. austr. jest więc całkiem zbędną.

Orzeczenie, którem uznaje się układ polubowny bezskutecznym, może mieć dwojakie znaczenie, albo całkowicie pozbawić może układ mocy prawnej albo też tylko co do kwestji, która jest przedmiotem rozpatrywania; to podnoszą § 583 proc. austr. i § 775/2 proc. węg. i stanowią, że zapis może być skutecznym co do sporów w przyszłości ze stosunku prawnego powstać mogących, jeżeli przyczyny bezskuteczności dotyczą li tylko poszczególnego przypadku, dla którego nastąpiło orzeczenie bezskuteczności. Takie ograniczone uznanie bezskuteczności zapisu odnosić się jednak może wyłącznie do zapisu, w którym sędziów nie wymieniono, w innym przypadku należy go pozbawić w zupełności mocy, chociażby nawet ponowne postępowanie i orzeczenie było możliwem, jak n. p. w przypadku, gdy sędzia zwleka ze spełnieniem swego obowiązku; nie uchodzi bowiem, aby na podstawie zapisu, w którym sędzia jest już oznaczony, sądzono w sprawach innych, gdy dla pewnych orzeczono, iż sędzia nie powinien wydawać orzeczenia

Podnieśliśmy wyżej, że w niektórych przypadkach strona żądać może albo uznania bezskuteczności układu albo też oznaczenia innego sędziego polubownego; pytanie powstaje więc, czy wskutek wniosku o uznanie zapisu bezskutecznym strona nie może więcej domagać się ustanowienia innego sędziego. Zdaniem naszem z chwilą, gdy wniosek o uznanie bezskuteczności układu doręczono już przeciwnikowi, strona nie może więcej korzystać z drugiego przysługującego jej uprawnienia.

d) Złożenie urzędu przez sąd polubowny.

W nowszych czasach zastanawiano się nad tem, czy dopuścić należy złożenia urzędu przez cały sąd polubowny, a więc nie koniecznie przez poszczególnych sędziów, i podniesiono, że często sąd polubowny nie jest w stanie wydać orzeczenia z powodu trudności faktycznych lub prawnych, i że w takim przypadku powinien być uprawnionym do oświadczenia tego stronom.

Zdaniem naszem przepis taki jest uzasadniony, nie można bowiem sędziów zmuszać do wydania orzeczenia, które zdaniem ich jest wprost niemożliwe albo zbyt trudne; w tym przypadku poszczególni sędziowie nie powinni też odpowiadać za szkodę i nie powinni być narażeni na karę z powodu tego, że odmawiają wydania orzeczenia.

Wskutek oświadczenia sędziów polubownych, że nie mogą wydać orzeczenia, zapis powinien utracić swoją skuteczność i wytoczenie sprawy przed sąd państwowy powinno być możliwe, oświadczenie jednak powinno być złożone na piśmie.

IV. Postępowanie.

a) W ogólności.

Sędziowie polubowni nie mogą działać z własnej inicjatywy, lecz tylko na żądanie stron, chociażby nawet byli uwiadomieni o tem, że mają spór roztrzygnąć. Strona ma więc wystąpić z wnioskiem, aby sąd polubowny zebrał się i przeprowadził postępowanie oraz wydał orzeczenie. Niektóre ustawy jak n. p. art. 485 proc. dla kantonu Neuchatel mówią o ukonstytuowaniu się sądu polubownego a nie wdrożeniu postępowania i to jest słuszne, bo przed przystąpieniem do postępowania może być potrzebne ukonstytuowanie, tak, gdy chodzi o wybór zwierzchnika. To też przyjąć należy przepis, że sędziowie polubowni winni dokonać wyboru zwierzchnika, gdy choćby jedna tylko strona zwróci się do nich z wezwaniem działania, poczem już bez dalszego wniosku przeprowadzić mają postępowanie.

O formie postępowania roztrzygać winien w pierwszym rzędzie układ, bo wdrożenie i przeprowadzenie postępowania ma miejsce z woli stron; to podnoszą też wszystkie prawie ustawy. Potrzeba przepisu o postępowaniu zachodzi zatem tylko na przypadek, gdyby układ nic nie stanowił, a wtedy przyjąć można albo przepis, że zachować należy formę postępowania ustanowioną dla sędziów państwowych, albo też ustanowić formę inną lub też wreszcie pozostawić swobodnemu oce-

nieniu sądu polubownego, jak ma postąpić i związać go w pewnym tylko kierunku. Wszystkie te systemy są przyjęte w ustawodawstwie, niektóre jak n. p. § 331 proc. kantonu Glarus stanowią, że sąd polubowny winien stosować się do przepisów ustawy, a więc prowadzić postępowanie w sposób dla sądów państwowych przepisany, inne jak n. p. § 160 proc. kantonu Graubündten stanowią, że postępowanie przed sądami państwowymi winno być stosowane, o ile strony nie postanowią, że inna forma ma być uwzględnioną, a istota rzeczy przeciw temu nie przemawia, ustawy niemiecka i węgierska a z innych n. p. § 373/2 proc. kantonu Lucerny natomiast pozostawiają sposób prowadzenia postępowania swobodnemu uznaniu sądu polubownego i wymagają li tylko, aby przed wydaniem orzeczenia strony przesłuchał. Ten ostatni przepis jest najodpowiedniejszy i dlatego ustawa powinna pozostawić sędziemu polubownemu, w jaki sposób chce postąpić; nie jest zaś potrzebne nakładanie na sąd polubowny obowiązku, by już z góry ustanowił porządek postępowania jak to n. p. stanowi § 288/2 proc. dla kantonu Solothurn.

Jakkolwiek sądowi polubownemu pozostawić należy wolną rękę co do tego, jakie ma obrać postępowanie, to jednak w jednym kierunku ograniczyć go wypada, stronom bowiem musi być daną możność oświadczenia się na twierdzenia przeciwnika; to podnosi wyraźnie ustawa węgierska, nie można zaś żądać, aby strony faktycznie przesłuchano, bo możliwie jedna z nich nie zjawi się przed sądem polubownym, a w tym przypadku nie podobna ani zmuszać stronę do jawienia się, ani też zaniechać dalszego postępowania. Ale i przesłuchanie stron powinno być zbędne, jeżeli w układzie strony wyraźnie zrzekną się tego przesłuchania; to powinno być dopuszczalne, często bowiem idzie wyłącznie o roztrzygnięcie kwestji prawnej na podstawie niespornych faktów, przesłuchanie stron byłoby więc tylko niepotrzebną normalnością. Ze względu na to przyjąć należy przepis odpowiadający § 1041 l. 4. p. c. niem., który dopuszcza zrzeczenia się w układzie przesłuchania stron a zarzucić postanowienie prawa austrjackiego, według którego strony zrzec się nie mogą swego przesłuchania.

Przesłuchanie stron może się odbyć rozmaicie, nie jest więc konieczne, aby strony jawiły się na ustnej rozprawie, wystarczyć winno, jeżeli daje się im możność oświadczenia; to zaś zachodzi, jeżeli stronie dano możność na piśmie podnieść fakta, ofiarować dowody i wskazać zarzuty. Można więc i każdą stronę z osobna przesłuchać na ustnej rozprawie w rozmaitym czasie i z tego powodu jako zbędne uznać należy wezwanie strony lub jej obecność przy przeprowadzeniu dowodów, wreszcie nie można uważać jako potrzebne oświadczenie się stron na przeprowadzone dowody.

Prowadzenie procesu często jest konieczne przeciw osobie nieobecnej; w tym przypadku należy ustanowić kuratora dla strzeżenia praw nieobecnego. Tego nie można jednak pozostawić sądowi polubownemu, to też z wnioskiem o ustanowienie kuratora zwrócić się należy do sądu, któryby w razie braku kompromisu miał o sprawie orzekać, bo ten sąd winien być powołany do załatwienia wszelkich czynności dotyczących postępowania polubownego, o ile nie doszło jeszcze do postępowania przed sądem polubownym, w którym to przypadku sąd mający siedzibę w miejscu urzędowania sądu polubownego uznać należy za właściwy.

Pytanie zachodzi, czy podobnie jak od zasady ustności odstąpić należy od zasady bezpośredniości, co do tej bowiem zawiera wyłom art. 1011 proc. fr. skoro stanowi, że sędziowie polubowni sami mają dokonać wszelkich czynności przygotowawczych chyba, że według kompromisu jednemu z nich mogą je powierzyć, a podobne stanowisko zajmuje art. 18 proc. włos.. dopuszcza bowiem delegacji jednego ze sędziów do instrukcji, o ile tego układ nie zabrania. Zdaniem naszem pośrednie postępowanie nie powinno być możliwe, bo jest ono nieodpowiednie, rozumie się, że dotyczyć to może tylko przypadku, gdy strony przesłuchuje się w drodze ustnej; to stanowisko zajmuje też praktyka austrjacka i nie dopuszcza przesłuchania stron przez komisję.

Sąd polubowny powinien spisać protokół na przebieg rozprawy, co wyraźnie stanowi § 776/3 proc. węg.: spisanie protokołu jest konieczne, aby sąd państwowy mając orzekać o ważności orzeczenia polubownego mógł ocenić, czy w toku postępowania polubownego postąpiono należycie i zgodnie z ustawą oraz układem. Obojętnem być winno, kto spisać ma protokół, czy jeden ze sędziów polubownych, czy osobny protokolant, dopuszczalnem być jednak powinno tegoż przybranie, a to stanowią wyraźnie niektóre ustawy jak n. p. § 286 proc. cyw. kantonu Thurgau i art. 228 proc. kantonu Unterwalden ob dem Wald, nie nakładając jednak na sąd polubowny żadnego obowiązku.

Przed sądem polubownym powinno być dopuszczalne zastępstwo adwokackie, co podnosi § 776/2 proc. węg.: wskazanem jest postanowienie, że wykluczenie udziału adwokatów jest niedopuszczalne.

Z obowiązujących ustaw żadna nie zawiera postanowienia o miejscu, w którem przeprowadzić należy postępowanie, a tylko art. 1371 proc. ros. wspomina, że układ polubowny może stanowić o miejscu, w którem ma się zebrać sąd polubowny. Zdaniem naszem kwestję siedziby sądu polubownego unormować należy w ten sposób, że miejsce w układzie oznaczone rozstrzyga, a gdyby brak było osobnego postanowienia, miejsce stałego pobytu pozwanego, zaś w razie gdyby obydwie

strony uważać należało jako pozwane, miejsce, w którem jedna z nich ma miejsce stałego pobytu. Postanowić też wypada, że strona nie może się żalić na odebranie jej możności rozprawiania, jeżeli zaraz na wstępie postępowania nie protestowała przeciw przeprowadzeniu tegoż w pewnem miejscu.

Powstaje jeszcze pytanie, w jakiej formie sąd polubowny ma wystosować wezwanie do stron i świadków. Zdaniem naszem dopuścić należy każdą odpowiednią formą a więc wezwanie przez posłańca, pocztę, notarjusza lub sąd państwowy i t. d. i pod żadnym względem nie należy krępować sądu polubownego, od poszczególnego bowiem przypadku powinno być zawisłem, w jaki sposób wystosowane być winno wezwanie.

b). Zaoczność.

O zaoczności traktują obowiązujące ustawy niedokładnie i tak art. 1016 proc. fr. stanowi, że każda strona ma do dni 14 przed upływem kresu do wydania orzeczenia oznaczonego przedłożyć środki obronne i dowody, nie zawiera atoli żadnego przepisu, że w razie, gdyby strona obowiązkowi zadość nie uczyniła, dowody pominąć należy, a art. 14 proc. włos. stanowi, że strony winne do dni 10 lub w okresie przez sąd polubowny oznaczonym poczynić uwagi pod rygorem, że sprawę rozstrzygnie się na podstawie dokumentów, art. 1379 i nast. proc. ros. zaś nakazują stronom bez zachowania formalności udzielić sędziom polubownym wyjaśnień i przedłożyć dokumenta, przyczem dodają, że w razie zwłoki sąd może wyrokować na podstawie posiadanych informacji oraz dokumentów bez nowych wyjaśnień stron.

Zdaniem naszem odróżnić należy dwie kwestje, raz, czy postępowanie w razie bezczynności jednej strony ma być z drugą prowadzone, powtóre, jakie skutki trafiają stronę opieszałą. Co do kwestji pierwszej zaznaczyć należy, że tak, jak przed sądem państwowym, tak i przed sądem polubownym strony nie można zniewolić do jawienia się lub złożenia pisemnego oświadczenia, ale mimo to przeprowadzić wypada rozprawę ze stroną drugą, co wyraźnie podnosi § 587/2 proc. austr. Odnośnie do kwestji drugiej zaś zająć należy stanowisko przyjęte w procedurze rosyjskiej i dlatego nie podobna na omieszkanie wprowadzać tej sankcji, jaka istnieje w postępowaniu przed sądem państwowym, bo sąd polubowny powinien dochodzić prawdy.

Mimo wypowiedzianej przez nas zasady nie oświadczamy się za tem, aby w ustawie umieścić wyraźny przepis, że strony nieczynnej z powodu omieszkania nie trafiają żadne niekorzystne skutki, nie oświadczamy się też za tem, aby umowa o te skutki była bezskuteczną,

bo orzeczenie sądu polubownego w każdym przypadku powinno być oparte na swobodnem ocenieniu wyników postępowania. Gdyby ustawa stanowiła jakie skutki powoduje nieczynność, to w razie niestawiennictwa strony orzeczenie polubowne .podlegałoby rozpatrywaniu sądu państwowego; w razie zaś jawienia się stron przed sądem polubownym nie możnaby badać tegoż słuszności, strona nieczynna byłaby więc lepiej postawioną niż ta, która w toku postępowania czynności dokonala. Do tego nie można dopuścić, bo niepodobna zezwolić na badanie przez sąd państwowy, czy orzeczenie sądu polubownego jęst co do treści swojej słuszne.

b). Przeprowadzenie dowodów.

Sąd polubowny może sam dowody przeprowadzić, może więc słuchać świadków, znawców i strony, badać dokumenty, dokonać naoczni sądowej i t. d. Sądowi polubownemu nie można jednak przyznać prawa stosowania środków przymusowych do świadków i znawców, jeżeli ci nie chcą się przed nim jawić, nie może też odbierać przysięgi ani od świadków lub znawców ani też od strony. W tych przypadkach, jak i w innych, w których przymus powinien być stosowany np., gdy idzie o wydobycie od osoby trzeciej dokumentów, ma wkroczyć tylko sąd państwowy i do tego winien się zwrócić sąd polubowny o przeprowadzenie dowodu, co też przyjmują § 585 proc. austr. § 777 proc. węg. i art. 390 proc. bern.

Do przeprowadzenia dowodów i dokonania innych czynności żądanych przez sąd polubowny powołanym być winien sąd, w obrębie którego dowód lub czynności mają być przeprowadzone, a to przyjmuje też § 580 proc. austr. i § 778 proc. węg., sąd ten ma obowiązek zastosować się do wezwania, o ile ono ustawowo nie jest zabronione, a podnosi to wyraźnie ustawa austrjacka. Nietylko jednak w tym ostatnim przypadku, lecz także wtedy winien sąd państwowy odmówić wezwaniu sądu polubownego, jeżeli ono ma na celu wyrządzenie szkody osobie trzeciej, co podnieść tu należy, bo często w celu narażenie trzeciego na nieprzyjemności lub wprost na szkodę sporządzano pozorny układ i ustanawiano osobę zaufaną sędzią polubownym a ta żądała od sądu państwowego przesłuchania pod przysięgą osoby trzeciej ze sprawą nic wspólnego nie mającej na pewne okoliczności i to tylko w tym celu, aby przeciw niej następnie wystąpić, np. żądano wyjawienia majątku, czegoby możliwie w drodze procesowej nie można było uzyskać. Takim nieczystym manipulacjom należy zapobiedz i dlatego sąd państwowy odmówić winien wezwaniu sądu polubownego, gdy całe postępowanie widocznie jest obliczone nie na ochronę prawa, lecz na wystąpienie

przeciw świadkowi lub osobie trzeciej, od której żąda się przedłożenia dokumentu

Sąd wezwany przez sąd polubowny ma nie tylko dokonać czynności i orzec o tem, czy jest ona dopuszczalną, lecz ma załatwić także wszelkie powstać mogące kwestje wstępne, jak kwestję dopuszczalności zaprzysiężenia świadka, uchylenia się od odpowiedzi na pytanie i t. d., bo załatwienia tych kwestji nie można pozostawić sądowi polubownemu.

Zaznaczyliśmy, że sam sąd polubowny wezwać winien sąd państwowy o dokonanie pewnych czynności, wobec czego uważamy jako nieodpowiedni przepis § 1036 proc. niem. stanowiący, że sąd polubowny ograniczyć się ma do uznania czynności jako konieczną i pozostawić stronie, aby zwróciła się do sądu o jej wykonanie. Taka pośrednia droga jest niewłaściwą, a tak samo całkiem niewłaściwym jest przepis §§ 1036 i 1045 proc. niem., według którego sąd państwowy w razie braku układu polubownego powołany do załatwienia sprawy rozstrzyga o tem, czy ma być dokonana jakaś czynność sądowa, bo to powoduje działalność dwóch sądów i prowadzi do przewleczenia postępowania; jeden sąd ma dozwolić dokonania czynności ale, sam nie może tego uczynić i z tego powodu winien zwrócić się dopiero do sądu innego, w obrębie którego wykonanie następuje, to też w Niemczech domagano się zmiany dotyczącego przepisu ustawowego.

Przeprowadzenie dowodów przez sąd państwowy prowadzi często do nieodpowiednich wyników, bo sędziowie polubowni nie współdziałają bezpośrednio przy przeprowadzeniu dowodów a mają wyrobić sobie zdanie o mocy środków dowodowych. Aby temu zapobiedz, należy sędziom polubownym umożliwić uczestnictwo przy przeprowadzeniu dowodów, należy więc o terminie do tego wyznaczonym zawiadomić ich tak, aby mogli jawić się w sądzie i stawiać te pytania, które uważają za stosowne, a na które sąd wezwany, niedokładnie tylko ze sprawą obznajomiony, nie zwraca uwagi: to przyjmuje już obecnie praktyka jako dopuszczalne a wyraźnie jest możliwe według § 634 proc. kantonu Fryburg.

d). Wstrzymanie postępowania.

Ani rozpoczęciu, ani dalszemu tokowi postępowania polubownego nie powinno stać na przeszkodzie twierdzenie strony, że postępowanie nie jest dopuszczalne bądź to z powodu nieważności układu, bądź też dlatego, iż nie odnosi się on do sporu, który ma być rozstrzygnięty, bez wpływu być też winno wykluczenie sędziego polubownego albo zarzut, że nie jest on uprawniony do dokonania pewnej czynności, to podnoszą wyraźnie §§ 1037 proc. niem. i 779 proc. węg.

Jak jednak z jednej strony pominąć należy wszelkie zarzuty widocznie zmierzające do przewleczenia postępowania i do udaremnienia orzeczenia, tak z drugiej strony uwzględnić wypada, że kwestja przez stronę podniesiona może być wątpliwą i spowodować może nieważność całego postępowania. To też sądowi polubownemu należy nadać moc wstrzymania postępowania aż do czasu, kiedy w sądzie państwowym będzie załatwioną kwestja wpadkowa np. co do wykluczenia sędziego polubownego, co do ważności układu polubownego względnie tegoż bezskuteczności i t. d. Wskutek wstrzymania postępowania atoli układ czasowo ograniczony nie powinien, jak już podnieśliśmy, tracić swojej mocy i dlatego przedłużyć należy jego skuteczność o czas zawieszenia postępowania.

V. Orzeczenie sądu polubownego.

a). Podstawa orzeczenia.

Ustawy rozmaite zajmują stanowisko w kwestji, na czem sąd polubowny oprzeć ma swoje orzeczenie; niektóre wiążą go obowiązującymi przepisami prawnymi i tylko wtedy nadają mu moc odstąpienia od nich, gdy kompromis przyznaje im to prawo, tak art. 1019 proc. fr., art. 20 proc. włos., art. 636 proc. holend. i § 238 proc. kantonu Schwyz, inne znów jak np. § 364 proc. kantonu Aargau zezwalają im orzekać swobodnie chyba, że kompromis postanawia wyraźnie, iż muszą się trzymać ustawy, inne jak art. 1387 proc. ros. powiadają, że sąd polubowny ma orzekać podług sumienia, ale po największej części ustawy milczą o tej kwestji, skoro jednak niedopuszczają zaczepienia z powodu mylnego ocenienia sprawy pod względem prawnym, to tem samem zostawiają sędziom polubownym pełną swobodę i nie krępują ich żadnymi przepisami prawnymi. Zdaniem naszem także de lege ferenda sędziów polubownych nie należy krępować ustawą, z tego bowiem, że strony poddają się ich orzecznictwu wynika, że nie życzą sobie, aby rozpatrywali sprawę według przepisów ustawowych.

Nie jest jednak potrzebny wyraźny przepis w ustawie, że sędziowie polubowni sądzić mają na podstawie słuszności lub sumienia i wystarczy postanowienie, iż orzeczenie ich nie może pozostawać w sprzeczności z przepisami bezwzględnie wiążącymi oraz nie może zasądzać na czynność ustawowo niedopuszczalną lub zabronioną. To ostatnie podnoszą ustawy niemiecka, austrjacka i węgierska, a druga stanowi także, że orzeczenie nie może naruszać bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych.

W związku z kwestją, na czem sędziowie polubowni oprzeć mają

swoje orzeczenie, powstaje pytanie, czy uzasadnienie tegoż jest konieczne. Ustawa austrjacka nie wymaga uzasadnienia orzeczenia, według § 1041 l. 5. niem., § 782/1 proc. węg. i art. 1389 proc. ros. jest ono jednak potrzebne, dwie pierwsze ustawy stanowią atoli, że w układzie strony zwolnić mogą sędziów polubownych od obowiązku uzasadnienia orzeczenia a przyjmują to widocznie dlatego, że sędziów przy wydaniu orzeczenia żadnym nie wiążą przepisem ustawowym. Zdaniem naszem uzasadnienie orzeczenia powinno być umieszczone, aby umożliwić ocenienie, co sędziowie stronom przyznali, a czego im odmówili, nie zawsze bowiem jest to widoczne z wyrzeczenia a zwłaszcza wtedy, gdy ono obejmuje ogólnikową cyfrę, a wtedy nie podobna stwierdzić, czy sędziowie polubowni przekroczyli swoje upoważnienie. Tak więc motywa orzeczenia polubownego są wskazane, ale nie bezwzględnie konieczne, stronom przyznać zatem wypada moc zwolnienia sądu polubownego od uzasadnienia orzeczenia.

b). Wydanie orzeczenia.

aa) Uchwała.

Sędziowie polubowni wydać powinni orzeczenie po naradzie, co podnosi art. 1388 proc. ros. i to zgodnie z przepisami § 1038 proc. niem., § 590 proc. aust. § 781 proc. węg., art. 1388 proc. ros. i art. 21 proc. włos. bezwzględną większością głosów a jednomyślnie w razie, gdyby dwóch sędziów ustanowiono; ten ostatni przypadek podnosi ustawa austrjacka. Jeżeliby jednak większość względnie jednomyślność nie mogła być osiągniętą, wówczas układ traci swoją moc obowiązującą, rozumie się, o ile nie zawiera postanowienia na ten przypadek np., że sprawę rozstrzygać mają inni sędziowie polubowni, los i t. d.

Dopuszczalną być winna umowa, że sędziowie polubowni wybrać mają zwierzchnika dopiero wtedy, gdy między nimi dojść nie może do porozumienia. W tym przypadku zwierzchnik ma przystąpić do jednego z dwóch zdań przez sędziów objawionych, co podnosi ar. 1018/2 proc. fr., może jednak przyznać także kwotę pośrednią, nie może zaś wydać orzeczenia odmiennego od zapatrywania obydwu sędziów a więc nie może przyznać przedmiotu, którego żaden ze sędziów przyznać nie chce, wobec czego też nie podobna przyjąć przepisu § 161 l. 4. proc. kantonu Zug i § 167 l. 4. proc. kantonu Unterwalden ob dem Wald, które mu to prawo nadają; rozumie się, że zapis pozostawić mu może samodzielne rozstrzygnięcie, ale taki zwierzchnik nie jest członkiem poprzedniego sądu polubownego, lecz samodzielnym sędzią.

O sposobie narady sędziów polubownych ustawy obowiązujące nie

zawierają żadnego postanowienia, brak również przepisu co do tego, w jaki sposób ma się odbyć narada z zwierzchnikiem. Zdaniem naszem obowiązywać winny przepisy o naradzie sędziów w kompletach, a odnośnie do osoby zwierzchnika, którego wybiera się dopiero w razie, gdy do orzeczenia dojść nie może. który więc nie brał udziału w postępowaniu, zaznaczyć wypada, że tenże powinien strony przesłuchać a nie polegać li tylko na zdaniu sędziów polubownych, bo to doprowadza do postępowania pośredniego, które jest nieodpowiednie. Rozumie się, że zwierzchnik przed powzięciem decyzji powinien odbyć naradę ze sędziami, chyba, że w myśl układu samoistnie ma sprawę rozstrzygnąć, i dopiero po tej naradzie wydane być winno orzeczenie przez sąd złożony ze sędziów polubownych i zwierzchnika. Niewłaściwym jest wobec tego przepis art. 1017 proc. fr., że sędziowie polubowni pisemnie uzasadnić mają swoje zdanie i że dopiero potem zejść się mają wraz z zwierzchnikiem, który jednak w myśl § 1018, jeżeli razem z nimi się nie schodzi, w przeciągu miesiąca ma przyłączyć się do zdania jednego ze sędziów: takie postępowanie jest nieodpowiednie, bo nie wymaga narady wszystkich sędziów polubownych, ponadto jest przewlekłe.

bb) Podpisanie orzeczenia.

Według wszystkich ustaw wymaga się, aby uchwalone przez sąd polubowny orzeczenie było spisane i przez sędziów podpisane. Jest to odpowiednie, gdyż raz na zawsze powinno być niewątpliwie ustalone, jaką treść ma orzeczonie a to można osiągnąć przes spisanie. Iść jednak należy dalej i postanowić, że dopiero chwila podpisania orzeczenia przez sędziów polubownych rozstrzyga o tem, czy i jakiej treści wydano orzeczenie, wobec czego sędziowie polubowni przed umieszczeniem podpisów mogą je zmienić, po tym czasie zaś są niem związani, co jednak nie wyklucza sprostowania przeoczenia lub oczywistej omyłki, szczególności rachunkowej albo pisarskiej. Wobec doniosłości chwili, w której sędziowie orzeczenie podpisują, powinno ono zawierać dzień wydania, bo tylko wtedy stwierdzić można dokładnie, czy je wydano w czasie należytym.

Ze względu na to, że dopiero podpisane orzeczenie rozstrzyga o wyniku sprawy, wymagają § 1039 proc. niem., § 572 proc. austr. i § 782/2 proc. węg. podpisu wszystkich sędziów polubownych, a ustawa austrjacka stanowi wyraźnie, że brak podpisu powoduje bezskuteczność orzeczenia, wskutek czego sędzia działający w porozumieniu ze stroną może udaremnić wydanie orzeczenia dla strony niekorzystnego. Temu starają się zapobiedz niektóre ustawy i stanowią, że sąd ma uznać orzeczenie pod-

pisane przez większość za wydane przez wszystkich sędziów, tak np. art. 1016 proc. fr., art. 21/3 proc. włos. i art. 1371 proc. ros., inne ustawy np. art. 384 proc. kantonu Genewy i art. 636 proc. kantonu Fryburg zadowalniają się podpisem większości, inne wreszcie wymagają, aby obok podpisu większość umieściła na wypisie orzeczenia wzmiankę, że mniejszość odmówiła podpisu, a tak postępuje np. art. 347 proc. kantonu Waadt, art. 442 proc. kantonu Ticino i art. 389 proc. kantonu Bern.

Zdaniem naszem najodpowiedniejszym jest przepis wymagający dla zastąpienia podpisu sędziego polubownego uchwały sądowej, sąd bowiem po przesłuchaniu sędziów polubownych oraz stron i stwierdzeniu odmowy podpisu, może ocenić, dlaczego go nie umieszczono i czy podana przyczyna jest doniosła a następnie, czy podpis jest zbędny; umieszczenie przez większość podpisów, choćby nawet z dodatkiem o odmowie przez mniejszość, nie daje jeszcze dostatecznej gwarancji.

Uchwały sądowej w celu zastąpienia podpisu sędziego wymagać należy także wtedy, gdy sędzia umarł albo też z powodu ciężkiej choroby lub zaszłej ułomności nie jest w stanie podpis swój umieścić, i w tym przypadku bowiem nie można dopuścić do tego, aby orzeczenie stało się bezskuteczne i dlatego konieczne jest zastąpienie podpisu orzeczeniem sądowem.

cc) Doręczenie orzeczenia.

Orzeczenie polubowne może być stronom ustnie ogłoszone, to jednak nie powinno jeszcze wystarczyć, lecz wymagać należy ponadto doręczenia wypisu, bo dopiero z wypisu może się strona przekonać, czy zachodzą przyczyny zaczepienia; doręczenie jest ponadto potrzebne wtedy, gdy strony nie jawią się przy ogłoszeniu albo też sąd polubowny orzeczenie wydaje dopiero w jakiś czas po ustnej rozprawie, w którym to przypadku wyznaczenie osobnego terminu do ogłoszenia orzeczenia powinno być zbędne. Wobec tego należy też uznać za obojętne ustne ogłoszenie orzeczenia i wagę kłaść się powinno tylko na doręczenie.

Wobec wymogu doręczenia istnieć powinien pisemny oryginał orzeczenia, który należy przechować, stronom zaś powinny być doręczone wypisy podpisane przez wszystkich sędziów. W konsekwencji orzeczenie uznać wypada jako skuteczne wobec stron dopiero od chwili doręczenia, od tegoż dnia liczyć należy czasokres do zaczepiania; to stanowisko zajmuje prawo obowiązujące i tylko według art. 1392 proc. ros. rozstrzyga chwila ogłoszenia orzeczenia, a jeżeli strony nie są przy tem obecne, ostatni dzień terminu do zawyrokowania oznaczony.

Mimo uznania chwili doręczenia jako rozstrzygającą, należy wprowadzić pewną modyfikację ze względu na to, że strona uchyla się

często od doręczenia i doprowadza do tego, że orzeczenie otrzymuje dopiero po upływie czasokresu w zapisie ustanowionego, wskutek czego orzeczenie pozbawione jest mocy. Aby temu zapobiedz konieczne jest postanowienie, że dzień, w którym sędziowie albo ich większość umieszczą podpisy rozstrzyga o tem, czy zachowano kres w układzie ustanowiony, zaczem późniejsze doręczenie na wskuteczność orzeczenia żadnej nie ma wpływu; sędziów jednak wiąże już chwila podpisania oryginału orzeczenia, zaczem od tej począwszy nie mogą go więcej cofnąć.

Doręczenie orzeczenia następuje według prawa austrjackiego przez pocztę lub notarjusza, według § 782/3 proc. węg. ma być doręczony wypis obydwu stronom a te winny potwierdzić odbiór na oryginale, gdyby zaś to nie nastąpiło, wówczas odbyć się ma doręczenie przez sąd według przepisów dla doręczenia skarg ustanowionych, w którym to celu sądowi przedłożyć należy wypisy wraz z oryginałami; ten ostatni przepis jest najodpowiedniejszym.

dd) Złożenie orzeczenia.

Przepis o przechowaniu układu polubownego, protokołu rozprawy, oryginału orzeczenia i dowodów doręczenia wypisów jest konieczny, aby później niewątpliwie stwierdzić, jakie wydano orzeczenie i czy jest ono skuteczne. Co do tego ustawodawstwo jest rozmaite, bo według art. 1394 proc. ros. należy do dni 7 od ogłoszenia orzeczenia polubownego orzeczenie wraz z zapisem przesłać, stosownie do wartości przedmiotu sporu, do sądu pokoju lub sądu okręgowego, w obrębie którego sprawa była rozsądzona; w myśl § 1039 proc. niem. ma być oryginał orzeczenia wraz z dowodami doręczenia złożony w kancelarji właściwego sądu, a to samo stanowi § 782/4 proc. węg. przyczem przez sąd właściwy rozumie się ten, któryby był powołany do załatwienia sprawy, gdyby nie istniał układ polubowny § 593. proc. austr. nie wymaga złożenia w sądzie oryginału orzeczenia i poświadczeń doręczenia stronom wypisów, lecz stanowi, że złożenie ma nastąpić u osoby w układzie polubownym wymienionej, o ileby zaś tej osoby nie wymieniono, albo ona zmarła, wówczas sędziowie mają oznaczyć sposób przechowania, w razie zaś wątpliwym dokumenty winny być przechowane u notarjusza tego powiatu, w obrębie którego sąd polubowny ma swoją siedzibę.

Zdaniem naszem celowi odpowiada li tylko przechowanie w sądzie, bo tylko ono daje gwarancję, iż akta nie zaginą, a ponadto umożliwia stwierdzenia prawomocności i wykonalności orzeczenia w razie, gdy idzie o nadanie mu mocy egzekucyjnej. Złożenie w sądzie jednak winno mieć na celu tylko należyte przechowanie, nie należy zaś od tegoż czynić

zawisłą skuteczność orzeczenia, wobec czego odpadną wszelkie kwestje prawa niemieckiego, czy orzeczenie traci swoją moc z powodu, że sędzia polubowny zmarł przed złożeniem orzeczenia w sądzie i t. p.

Akta złożone w sądzie zawsze należy przedłożyć stronom do przeglądu a także udzielić im odpisy, trzecim zaś osobom przegląd winien być dozwolony, gdy mają interes prawny w badaniu aktów.

§ 593/2 proc. austr. stanowi, że oryginał orzeczenia i dowody doręczenia wypisów stanowią wspólny dokument stron; przepis taki jest zbędny, bo samo przez się zrozumiały.

c) Treść orzeczenia.

Rozstrzygnięcie sądu polubownego dotyczyć winno jedynie roszczeń przez strony dochodzonych i układem polubownym objętych; jeżeliby więc orzekli o czemś innem, wówczas ich orzeczenie uznać nałeży jako bezskuteczne, co wyraźnie podnosi ustawa austrjacka i węgierska. Nie zawsze jednak zachodzi przekroczenie upoważnienia, jeżeli sędziowie polubowni orzekają o przedmiocie innym a nie o tym, o którym mowa w zapisie, uwzględnić bowiem wypada dany przypadek, wskutek czego zasądzenie na kwotę pieniężną zamiast przedmiotu w naturze nie zawiera żadnego naruszenia mandatu a zwłaszcza wtedy przyjąć to wypada, gdy w układzie polubownym strony wyraźnie umocowały sąd do przyznania odszkodowania w miejsce świadczenia.

Sędziowie polubowni mają orzec nietylko o podniesionych roszczeniach, lecz także o ich przynależnościach a więc o odsetkach i kosztach postępowania, to ostatnie podnieść wyraźnie należy, bo obecnie jest spornem, czy sąd polubowny ma prawo orzec o kosztach postępowania, jeżeli o tem nie ma wzmianki w układzie. Mając orzec o kosztach, powinien sąd polubowny ustalić także ich wysokość i to w samem orzeczeniu a nie w osobnej uchwale, wskutek czego zbędnem będzie proponowane przez niektórych postanowienie, że oznaczenie kosztów pozostawić można jednemu ze sędziów polubownych.

Nader doniosłą jest kwestja, czy sąd polubowny ma prawo orzec o dopuszczalności kompenzaty, jeżeli w zapisie brak wzmianki o pretensji wzajemnej; zdaniem naszem jest to dopuszczalne bez względu na to, czy pretensja wzajemna z pretensją główną pozostaje w łączności, czy też jest odrębną, bo sąd polubowny nie orzeka o pretensji wzajemnej, lecz o tem, czy pretensja dochodzona jest należną, a aby o tem orzec, musi także zbadać, czy istnieje pretensja wzajemna i czy wskutek tego doszło do kompenzaty. De lege ferenda jednak jest nieodpowiedniem, aby sąd polubowny załatwiał kwestję kompenzaty i dlatego w ustawie wyraźnie należy zaznaczyć, że w razie braku układu co do

pretensji wzajemnej orzeczenie polubowne nie może co do niej zapaść, nie uchodzi bowiem, aby choćby pośrednio orzekano o pretensji, co do której strony nie poddały się orzecznictwu polubownemu.

Sąd polubowny ma orzekać tylko o tem, co jednej stronie należy się od drugiej względnie jaki między nimi zachodzić ma stosunek prawny, nie ma zaś prawa orzekać o tem, co ma nastąpić w razie, gdyby jedna strona nie dopełniła nałożonego na nią obowiązku, w szczególności nie może nakładać na nią kary pieniężnej, to nie jest rzeczą sądu polubownego, lecz sędziego wykonującego orzeczenie. Z tego powodu uważać należy jako bezskuteczne orzeczenie, że kaucja złożona przepaść winna na rzecz jednej ze stron, gdyby druga nie uczyniła zadość orzeczeniu; podnieść to należy, gdyż często strony składają na ręce sędziów polubownych względnie zwierzchnika kaucję na zabezpieczenie dopełnienia orzeczenia i umieszczają w układzie postanowienie, co ma nastąpić w razie niezastosowania się do orzeczenia, o czem też wyraźnie wspomina art. 1371/2 proc. ros.

VI. Wynagrodzenie sędziów polubownych.

W obecnych czasach sędziowie polubowni nie uważają urzędu jako honorowy, lecz za swoje czynności żądają wynagrodzenia; stanowisko to jest słuszne, bo za świadczone czynności przyznać należy wynagrodzenie, chociażby o nie się nie umówiono, uznać też wypada jako ważną umowę o zapłatę wynagrodzenia w pewnej wysokości.

Kwestja wynagrodzenia nasuwa jednak kilka pytań, w szczególności, kto jest zobowiązany do tegoż uiszczenia, czy obie strony, czy tylko ta strona, która sędziego ustanowiła; pytanie to powstaje tak w przypadku, gdy w ogóle o wynagrodzenie się nie umówiono, jak i wtedy, gdy tylko nie postanowiono, kto ma je zapłacić. Zdaniem naszem przyjąć należy, że do zapłacenia wynagrodzenia sędziemu obowiązaną jest ta strona, która go ustanowiła lub w miejsce której sąd państwowy sędziego polubownego oznaczył, o ile zaś chodzi o zwierzchnika, to obydwie strony winny ponosić jego wynagrodzenie i to po połowie a nie solidarnie; nieodpowiednim jest więc przepis § 292 proc. kantonu Soloturn i art. 391 proc. berneńskiej, które nakładają na strony solidarny obowiązek zapłacenia wydatków i wynagrodzenia sędziom i aktuarjuszowi.

Dalszą kwestją jest, kto w razie braku umowy oznaczyć ma wynagrodzenie sędziów polubownych. Co do tego stanowi § 776/4 proc. węg., że oznacza je sąd polubowny, przeciw czemu dopuszczalne jest zażalenia do sądu państwowego i to do tego, który w danej sprawie

w razie braku układu polubownego byłby sądem odwoławczym a podobny przepis zawiera § 277 proc. kontonu Bazyleja okolica, który stanowi, że wynagrodzenie sędziów polubownych oznacza orzeczenie polubowne, na żądanie jednak przez sąd państwowy ma być zniżone do odpowiedniej kwoty. Zdaniem naszem wynagrodzenie oznaczyć powinien sąd państwowy i to na wniosek strony lub sędziego polubownego, nie uchodzi bowiem, aby sędziowie polubowni sami orzekali o wysokości wynagrodzenia im należnego. Z powodu tego nie powstaną też żadne trudności odnośnie do kosztów postępowania, orzeczenie bowiem może zawierać całkiem ogólnikowy nakaz, że strona winna drugiej zapłacić koszta postępowania, a ponadto i tę kwotę, którą sąd państwowy ustali jako wynagrodzenie sędziów polubownych.

Ustalenie wysokości należnych sędziom polubownym wydatków i wynagrodzenia odbyć się winno w postępowaniu bezspornem a nie procesowem, które trwa długo i jest niepotrzebne ze względu na to, że chodzi tylko o kwestję całkiem prostą, bo o wysokość niewątpliwie należnej pretensji.

Poruszyć należy jeszcze kwestję zaliczki na pokrycie wynagrodzenia. a możliwie także wydatków sędziów polubownych, które to prawo przyznaje im art. 391 proc. kantonu Bern. Zdaniem naszem sędziom należy się zaliczka i to już na podstawie ogólnych zasad prawnych, z czego też wynika, że sędzia polubowny odmówić może czynności, jeżeli jej nie otrzyma, umieszcz nie w ustawie osobnego przepisu jest więc zbędne.

VII. Zaczepienie orzeczenia polubownego.

a) Odwołanie.

Dawniejsze ustawodawstwa dopuszczały od orzeczenia sądu polubownego apelację do sądu zwyczajnego, dopuszczały jednak także zrzeczenia się tego środka prawnego, a z obecnych ustaw przyjmuje to art. 1010 proc. franc. wyklucza atoli apelację, jeżeli kompromis zawarto w toku postępowania apelacyjnego lub restytucyjnego. Nowsze ustawy nie znają apelacji do sądu państwowego, nie znają też środka prawnego do innego sądu polubownego, dopuszczają jednak umowę o zaskarżenie orzeczenia polubownego przed wyższą instancją polubowną, w szczególności uznaje taką umowę prawo austrjackie. Taki przepis przyjąć należy, jeżeli bowiem stronom nadaje się prawo uregulowania postępowania polubownego, to przyznać im należy także prawo utworzenia wyższej instancji i oznaczenia, w jakim kierunku ta instancja ma badać orzeczenie sądu polubownego; rozumie się, że

w razie braku wyraźnej umowy nie można uznać apelacji, jako dopuszczalną.

Z możności ustanowienia wyższej instancji dla badania słuszności orzeczenia polubownego nie wynika jeszcze, aby strony sądowi poddać mogły badanie słuszności orzeczenia polubownego, to powinno być niedopuszczalne, bo niepodobna dopuścić do tego, aby sąd państwowy zajął się sprawą, której w pierwszej instancji władza państwowa nie rozpatrywała.

b) Bezskuteczność orzeczenia polubownego.

aa) Sama przez się.

Obowiązujące ustawy dopuszczają zaskarżenia orzeczenia polubownego, wychodzą więc ze założenia, że tak długo jest skuteczne, dopóki sąd państwowy nie orzekł jego bezskuteczności oraz, że wiąże strony, jeżeli zaskarżenie przed sądem państwowym nie jest więcej dopuszczalne. Zdaniem naszem idzie to za daleko, nie uchodzi bowiem stawiać na równi z wyrokiem sądowym dokument nazwany orzeczeniem polubownem, chociaż dotknięty jest istotnymi brakami, które odbierają mu moc orzeczenia, w niektórych więc przypadkach orzeczenie uznać wypada jako bezwzględnie bezskuteczne.

Za takie uważać należy orzeczenie, które nie opiera się na układzie; jeżeli brak tegoż albo wogóle albo też odnośnie do pewnej tylko części orzeczenia, wówczas jest ono absolutnie bezskuteczne albo w całości albo też w części, z czego wynika i to także, że wrazie przekroczenia przez sąd polubowny granicy upoważnienia orzeczenie polubowne uznać wypada jako samo przez się pozbawione znaczenia a nie tylko pozostawić stronom prawo zaskarżania, jak to czynią art. 1028 proc. franc., § 595 l. 5. proc. austr. i § 783 l. 5. proc. węg. Na równi z brakiem układu postawić należy tegoż zgaśnięcie z powodu upływu czasu do wydania orzeczenia zakreślonego, dalej prawomocne uznanie go nieważnym lub bezskutecznym z powodu wniosku lub skargi strony przed wydaniem orzeczenia wniesionej, w tym bowiem przypadku okazuje się, że dla braku skutecznego układu sąd polubowny nie powinien był wydawać orzeczenia a obojętnem być winno, kiedy doszło do uznania nieważności lub bezskuteczności układu, czy przed wydaniem orzeczenia, czy też po tym czasie, bowiem i późniejsze orzeczenie sądu państwowego układu dotyczące dowodzi, że nie istnieje podstawa postępowania polubownego; gdyby zaś układu nie zaczepiono przed wydaniem orzeczenia polubownego należy je jako oparte na układzie ważnie istniejącym a nie zaskarżonym uznać jako obowiązujące i tylko zaskarżalne.

Orzeczenie polubowne także wtedy powinno być uważane jako bezskuteczne, gdy w wydaniu tegoż brał udział sędzia niezdolny do sprawowania urzędu albo skutecznie wykluczony. Co do tego zajmują obowiązujące ustawy rozmaite stanowiska, wymagają jednak zawsze zaczepienia orzeczenia i nie uznają je absolutnie bezskutecznem. I tak § 595 l. 4 proc. austr. dopuszcza tylko zaczepienia orzeczenia polubownego z powodu, że sąd polubowny bezpodstawnie nie uwzględnił wykluczenia sędziego polubownego, dopuszcza więc, aby w procesie o uznanie bezskuteczności orzeczenia badano, czy zachodzi przyczyna wykluczenia sędziego polubownega, a § 784 l. 3 proc. węg. żąda również zaskarżenia orzeczenia, wymaga jednak, aby wykluczenie nastąpiło prawomocną uchwałą sądu państwowego, z czego wynika, że w procesie o uznanie orzeczenia polubownego bezskutecznem przyczyna wyłączenia musi już być wykazaną, tylko wyjątkowo uwzględnia się według ostatniej ustawy istnienie nie podniesionej poprzód przyczyny wykluczenia, a mianowicie wtedy, jeżeli strona przed wydaniem orzeczenia polubownego w sądzie państwowym bez swojej winy nie mogła uzyskać wykluczenia. Zdaniem naszem dla uznania orzeczenia bezskuteczem wystarczać powinno postawienie w sądzie przed wydaniem orzeczenia wniosku o wykluczenie sędziego polubownego i z chwilą, gdy sąd państwowy wykluczenie sędziego uzna jako uzasadnione orzeczenie przy jego współudziale wydane należy uważać jako pozbawione skutków, a obojętnem być winno, czy uchwała sądu państwowego co do wykluczenia zapada przed wydaniem orzeczenia, czy po tym czasie; jeżeli bowiem okazuje się, że sędzia jest wyłączony, to orzeczenie od niego pochodzące nie może być utrzymane. Z drugiej strony po wydaniu orzeczenia nie należy badać, czy sędziego można było wyłączyć, jeżeli więc strona poprzód wniosku nie postawiła, wówczas z tego powodu nie może się żalić na orzeczenie.

Bezwzględną bezskuteczność orzeczenia sądu polubownego należy wreszcie przyjąć, jeżeli tegoż wyrzeczenie jest niezrozumiałe dalej, gdy zasądza na czynność ustawowo zabronioną, albo niedozwoloną; ustawa austrjacka, niemiecka i węgierska dopuszczają uznanie orzeczenia bezskutecznem z pierwszego powodu, a ustawa austrjacka także dla drugiej przyczyny.

Jakkolwiek wychodzimy ze założenia, że w przytoczonych przypadkach orzeczenie polubowne samo przez się pozbawione być winno mocy, a więc i bez osobnego orzeczenia sądu państwowego, to jednak mimo to oświadczamy się za dopuszczalnością uzyskania przez stronę uchwały sądowej bezskuteczność stwierdzającej i za nadaniem tej uchwale mocy bezwzględnie wiążącej. Jest to potrzebne, aby uniknąć rozmaitych orzeczeń sądowych w kwestji skuteczności orzeczenia polubownego, je-

żeli bowiem uchwałą sądową stwierdzonem będzie, iż orzeczenie polubowne jest pozbawione mocy, to każdy sąd bez badania wyjść musi ze stanowiska w tej uchwale zajętego, a może tylko wtedy zająć się rozpatrywaniem, czy orzeczenie polubowne jest skuteczne i wykonalne gdy żadne jeszcze orzeczenie sądu państwowego co do tego nie zapadło.

bb) Wskutek orzeczenia sądowego.

Przyczyny, dla których na wniosek strony orzeczenie polubowne uznaje się bezskutecznem, są rozmaite i dotyczą układu polubownego, sędziów polubownych, postępowania lub orzeczenia, oparte są więc na brakach formalnych, zaczem niedopuszczalne jest rozpatrywanie, czy pod względem prawnym i faktycznym sąd polubowny sprawę należycie rozstrzygnął. Nietylko jednak ogranicza się zaskarżenie do braków formalnych, lecz co więcej, unieważnienie, jak powiadają ustawy niemiecka i węgierska, względnie uznanie bezskuteczności, jak się wyraża ustawa austrjacka, nastąpić może tylko z przyczyn wyraźnie i taksatywnie wymienionych, nie podobna bowiem pozostawić sędziemu państwowemu ocenienie w każdym konkretnym przypadku, czy zaszła wada jest istotną, czy też pozbawioną znaczenia; to stanowisko zajmują art. 1028 proc. franc., art. 32 proc. włos., § 1045 proc. niem., § 595 proc. austr., § 784 proc. węg., art. 1396 i nast. proc. ros. art. 395 proc. berneńskiej.

Przechodząc do poszczególnych przyczyn zaskarżenia orzeczenia zaznaczyć należy, że wszystkie ustawy uznają braki dotyczące układu polubownego, chociaż co do tego wyrażają się rozmaicie; niektóre jak ustawy austrjacka, węgierska, francuska, włoska i berneńska, zresztą w szczegółach nie zgodne, powiadają, że uznanie orzeczenia bezskutecznem względnie nieważnem następuje, gdy wogóle brak układu polubownego lub gdy nie zawarto go odnośnie do danej sprawy, albo sędziowie przekroczyli granicę swego upoważnienia, gdy układ jest nieważnym albo utracił swoją moc przed wydaniem orzeczenia; prawo niemieckie powiada, że orzeczenie jest nieważne, gdy postępowanie było niedopuszalne, co oznacza brak układu, a art. 1396 proc. ros. dopuszcza unieważnienia orzeczenia polubownego z powodu, że wydano je albo po upływie terminu do wydania orzeczenia zakreślonego albo na podstawie zapisu nie podpisanego przez wszystkie osoby, które brały udział w tegoż sporządzeniu. Wszystkie podniesione braki co do układu polubownego niewątpliwie powinny być uwzględnione, a to tem bardziej, że orzeczenie w tym przypadku uważamy jako bezwzględnie pozbawione mocy, o ile przed tegoż wydaniem żądano unieważnienia kompromisu lub uznania tegoż bezskuteczności; jeżeli z takiem żąda-

niem nie wystąpiono przed ukończeniem postępowania polubownego, wówczas orzeczenie uważać należy jako względnie bezskuteczne, a więc podlegające tylko zaczepieniu przez stronę.

Odnośnie do braku zaszłego w postępowaniu dopuścić należy zaczepienia orzeczenia tylko wtedy, gdy stronie odebrano możność przesłuchania, co podnoszą ustawy niemiecka, austrjacka i węgierska dalej, gdy strona ustawowo musi być przez inną zastąpioną a to nie nastąpiło, o czem wspominają ustawy niemiecka i austrjacka. Brak ten, jak już wyżej podnieśliśmy, uważać należy za względny, nie można więc dopuścić zaczepienia orzeczenia, gdy strony zrzekły się swego przesłuchania, co obecnie według prawa austrjackiego nie jest dopuszczalne Wszelkie inne braki formalne dotyczące postępowania powinny być obojętne dla skuteczności orzeczenia, choćby nawet w układzie było wymienione, jak sędziowie polubowni mają postępować, a tego się nie trzymano; z tego powodu unieważnienie orzeczenia jest według art. 1396 proc. ros. możliwe, to jednak uważamy za nieodpowiedne a co najwyżej zgodnie z art. 32 proc. włos. należałoby chyba wyraźnie zaznaczyć, które formy winny być przestrzegane pod rygorem nieważności, formy są bowiem podrzędne i bez doniosłości na wynik postępowania a przyjąć to należy tem bardziej, że sąd państwowy nie może badać, czy pod względem faktycznym sprawę należycie rozstrzygnięto.

Jako dalszą przyczynę zaczepienia orzeczenia uznać należy naruszenie umównego lub ustawowego postanowienia co do powzięcia przez sąd polubowny uchwały, co podnosi § 1028 proc. franc., § 595 l. 3 proc. austr., § 784 l. 2. proc. węg., w szczególności także powołanie zwierzchnika wbrew układowi.

Ze względu na treść zaczepienie orzeczenia polubownego powinno być, dopuszczalne, jeżeli przyznano niem przedmiot przez stronę nie żądany, co podnosi art. 1028 proc. franc. i art. 1397 proc. ros. a co przyjąć należy także według innych praw, nie można zaś uznać je za nieważne, gdy pewnej kwestji nie załatwia, jak to przyjmuje art. 32 proc. włosk., bo w tym przypadku możliwe jest uzupełnienie orzeczenia, chociaż powstać może wątpliwość, czy sędziowie, badając także opuszczone roszczenie, nie wydaliby orzeczenia na ogół odmiennego od tego, które zapadło. Zbędnem jest też zaznaczenie w ustawie, że nieważność orzeczenia zachodzi, gdy dotyczy osoby, która nie brała udziału w postępowaniu polubownem, co podnosi art. 1387 proc. ros., bo to wynika z zasady, iż bezskutecznem jest orzeczenie polubowne w razie braku kompromisu a taki brak zachodzi, gdy nie podpisała go osoba, przeciw której lub na rzecz której zapadło orzeczenie i która nie jest prawonabywcą tej, która układ podpisała.

Jak już zaznaczyliśmy, orzeczenie polubowne nie podlega zacze-

pieniu z powodu mylnego rozstrzygnięcia sprawy pod względem prawnym i faktycznym. To powinno być zasadą ale od tej zasady wskazane jest wprowadzić wyjątek a mianowicie wtedy, gdy orzeczenie narusza przepisy bezwzględnie obowiązujące, nie można bowiem dopuścić do tego, aby przez orzeczenie polubowne uznano stosunek niemoralny albo ustawą zabroniony. Przepis więc art. 595 l. 6 proc. austr., który dopuszcza zaczepienia orzeczenia polubownego z przytoczonego powodu winien być przyjęty, tylko w ten sposób bowiem nie dojdzie do obejścia nakazującego przepisu ustawowego w drodze sporządzenia układu i uzyskania na tegoż podstawie orzeczenia.

Przyczyną bezskuteczności orzeczenia powinno też być, gdy oryginał orzeczenia lub wypisy nie są podpisane przez wszystkich sędziów polubownych, co podnosi § 595 l. 3 proc. austr. i § 784 l. 3 proc. węg., rozumie się, o ile uchwałą sądową podpisu sędziego polubownego nie uznano za zbędny.

Zaczepienia orzeczenia polubownego dopuszczają ustawy niemiecka, austrjacka i węgierska także z przyczyn, dla których uzyskać można wznowienie postępowania sądowego: jest to całkiem odpowiednie, bo fakt uzasadniający wznowienie postępowania uzasadniać powinien także wznowienie postępowania polubownego.

cc) Forma zaczepienia.

Niektóre ustawodawstwa przyznają orzeczeniu polubownemu bezwarunkową wykonalność, inne zaś wymagają, aby orzekł ją dopiero sąd państwowy: przyjętemu systemowi odpowiada też forma zaczepienia orzeczenia polubownego. I tak według § 596 i 597 proc. austr., 786 proc. węg. i art. 396 proc. bern., które orzeczeniu polubownemu przyznają natychmiastową wykonalność, nastąpić winno zaczepienie we formie skargi, na którą wdraża się zwyczajne postępowanie sądowe, zaś według prawa niemieckiego przyczyny uzasadniające zniesienie orzeczenia polubownego podnieść należy w postępowaniu o uzyskanie wykonalności i tylko wyjątkowo po wydaniu orzeczenia wykonalności możliwą jest skarga dla przyczyn wznowienia, i to tylko wtedy, gdy bez swojej winy strona w poprzedniem postępowaniu nie mogła ich podnieść. Zdaniem naszem, zgodnie z systemem niemieckim przyjąć należy postępowanie w celu nadania orzeczeniu polubownemu wykonalności, wobec czego uprzednie uznanie bezskuteczności jest zbędne, chociaż na wniosek strony powinno być dopuszczone. W postępowaniu zaś o uzyskanie wykonalności z urzędu uwzględnić należy te braki, dla których orzeczenie polubowne samo przez się jest bezskuteczne, inne natomiast winna strona podnieść, gdyż inaczej następuje ich prekluzja; po po-

twierdzeniu zaś wykonalności dopuścić należy li tylko wznowienia postępowania polubownego z powodów, dla których postępowanie sądowe może być wznowione. W przypadku, w którym strona po za postępowaniem o nadanie wykonalności domaga się uznania orzeczenia polubownego bezskutecznem, należy uznać postępowanie procesowe jako niepotrzebne, a jako wystarczające postępowanie oparte na wniosku i przesłuchaniu stron; w postępowaniu tem tylko te przyczyny zaczepienia powinny być uwzględnione, które strona podniesie, innych zaś nie można uznać, co przyjmuje się i dla prawa obecnie obowiązującego ze względu na to, że postępowanie jest procesowem.

Zaczepienie orzeczenia polubownego winno nastąpić w przeciągu pewnego kresu tylko wedle tych ustawodawstw, które nadają orzeczeniu natychmiastową wykonalność, a więc według prawa austrjackiego i węgierskiego, pierwsze stanowi w tym celu kres trzechmiesięczny, drugie zaś mimo, że w niektórych wyjątkowych przypadkach np. w razie braku układu, naruszenia przepisu o obsadzeniu sądu, zasądzenia na czynność niedozwoloną i tp. w ogóle nia zna czasowego ograniczenia, kres 90-ciodniowy, licząc od dnia doręczenia orzeczenia, a gdy strona później się dowiedziała o przyczynie zaczepienia od dnia, kiedy wiadomość ją doszła; prawo niemieckie natomiast nie zna czasokresu zaczepienia i stanowi li tylko w przypadku, gdy chodzi o wznowienie postępowania polubownego, że skarga o wznowienie winna być wniesioną w przeciągu miesiąca od dnia, w którym strona dowiedziała się o przyczynie uzasadniającej zniesienie orzeczenia polubownego, jednak nie przed prawomocnością wyroku wykonawczego i nie po upływie lat 10 od tego czasu. Stanowisko nasze jest jasne, jeżeli bowiem przyjmujemy przepis, że zarzuty winny być wniesione w postępowaniu o orzeczenie wykonalności, to zbędne jest ustanowienie czasokresu zaczepienia i potrzebne tylko o tyle, o ile idzie o przyczynę wznowienia.

VIII. Ugoda przed sądem polubownym.

Oprócz ustawy węgierskiej i berneńskiej żadna inna nie wspomina o ugodzie przed sądem polubownym, wobec czego jako aktowi pozasądowemu nie można jej przyznać skutków ugody sądowej. Jest to odpowiedniem, bo w razie niedopełnienia ugody wnieść należy na jej podstawie skargę i uzyskać wyrok sądowy, obok więc postępowania polubownego musi być przeprowadzone postępowanie procesowe, w którem stan sprawy winien być ponownie badany. Należy więc postanowić, że przed sądem polubownym może być zawartą ugoda i że stoi na równi

z orzeczeniem polubownem tak co do mocy prawnej, jak i wykonalności, co obecnie powiadają §§ 783 i 786 proc. węg. i art. 396 proc. bern.

Ugoda przed sądem polubownym zawarta powinna być podpisaną przez strony i sędziów polubownych, jak to stanowi § 783/2 proc. węg.: zbędnym zaś jest dalszy przepis prawa węgierskiego, że należy ją doręczyć stronom, bądź to przy rozprawie, bądź też później za pośrednictwem sądu.

Jakkolwiek ugodę stawiamy na równi z orzeczeniem, to jednak inaczej od tegoż należy ją traktować, o ile chodzi o uznanie jej bezskuteczną i dopuścić zaczepienia li tylko z powodu, że strona zobowiązala się do czynności niedozwolonej albo też dlatego, że jest niezrozumiałą, wreszcie dla przyczyn wznowienia.

IX. Prawomocność i wykonalność orzeczenia polubownego i ugody.

Według § 1040 proc. niem. i § 594 proc. austr. orzeczenie sądu polubownego ma między stronami skutek prawomocnego wyroku sądowego, ustawa zaś węgierska nie wspomina wcale o stronach i odnosi skutek także do ugody zawartej przed sądem polubownym. To ostatnie postanowienie jest odpowiedniejsze od przepisu prawa austrjackiego i niemieckiego, nie można bowiem ograniczać mocy prawnej orzeczenia wyłącznie do stron; jeżeli wyrok sądowy jest skuteczny także wobec osób trzecich, to i orzeczenie polubowne winno mieć taką samą moc prawną i przez każdą władzę oraz osobę winno być uwzględnione.

Nietylko jednak materjalną prawomocność przyznać należy orzeczeniu polubownenu a więc wziąć je za podstawę przy ocenianiu stosunków prawnych, lecz i skutki formalne przywiązane do wyroku sądowego powinny być przyjęte. W razie istnienia orzeczenia polubownego uznać więc należy jako niedopuszczalne prowadzenie ponownego procesu o tensam przedmiot chyba, że orzeczenie jest samo przez się bezskuteczne albo też jako takie uznane zostało.

Z tego, że orzeczenie polubowne posiada moc wyroku sądowego, wynika, że jest także wykonalne i niektóre ustawy przyznają mu ten skutek prawny, w szczególności prawo austrjackie, które w konsekwencji stanowi w § 594/2 p. c. i § 54 o. e., że sędziowie polubowni na żądanie stwierdzić mają prawomocność i wykonalność orzeczenia polubownego. Jest to nieodpowiednie, gdyż tylko sąd państwowy powinien rozstrzygać o tem, czy orzeczenie polubowne ma być wykonane i to przyjmują art. 1020 proc. fr. i art. 1385 proc. ros. a także prawo niemieckie, według którego dla wykonalności potrzebny jest wyrok wykonawczy, a ten zapada na skargę, przyczem proces oprzeć się winien

na orzeczeniu polubownem, jako na podstawie nie ulegającej pod względem treści żadnemu więcej badaniu tak, że sąd państwowy bada jedynie zarzuty natury formalnej. Jakkolwiek oświadczamy się za tym systemem, to jednak prowadzenie procesu uważamy jako niepotrzebne i zbyt przewlekające postępowanie, co też w Niemczech powszechnie uznano; zdaniem naszem wystarcza wniosek strony i przesłuchanie jej oraz przeciwnika w celu stwierdzenia, czy przeciw orzeczeniu podnosi zarzuty i domaga się, aby odmówiono mu wykonalności. Takie postępowanie czyni zbędnem postanowienie o tymczasowem wstrzymaniu egzekucji, potrzebne tam, gdzie orzeczenie polubowne jest bezwarunkowo wykonalne, odpaść więc może przepis § 786 proc. węg., który normuje wstrzymanie egzekucji w toku procesu o zaczepienie orzeczenia polubownego.

Postępowanie przez nas za przykładem prawa niemieckiego proponowane umożliwia jednak przewlekanie przez podnoszenie zarzutów przeciw orzeczeniu polubownemu a następnie przez wnoszenie środków prawnych od uchwały uznającej orzeczenie polubowne wykonalnym. Aby temu zapobiedz koniecznem jest postanowienie, że już na podstawie uchwały nadającej orzeczeniu wykonalność prowadzoną być może egzekucja, choćby nawet nie doszło jeszcze do jej prawomocności.

X. Sąd państwowy powołany do współdziałania w postępowaniu polubownem.

Sąd państwowy we wielu wypadkach wydać ma już w toku postępowania polubownego orzeczenie lub zarządzenie, tak co do uznania układu polubownego za zgasły i co do czynności sędziowskich przez sąd polubowny za potrzebne uznanych, rozstrzyga też po ukończeniu postępowania tak o skuteczności orzeczenia polubownego jak i o tegoż wykonalności; pytanie powstaje więc, który sąd uznać należy jako właściwy. Co do tego stanowią § 1045 proc. niem. §§ 582, 584 i 596 proc. aust. i § 787 proc. węg., że rozstrzyga ten sąd, którypy w razie braku zapisu był właściwym do orzekania o dochodzonem roszczeniu, a gdyby kilka sądów było powołanych jest według prawa niemieckiego i węgierskiego właściwym ten, do którego najpierw wzróci się strona lub sad polubowny; prawo niemieckie stanowi jednak, że w pierwszym rzędzie rozstrzyga postanowienie układu, zaczem sąd w tymże wymieniony powołany jest do wydawania orzeczeń lub zarządzeń. Nie w każdym jednak przypadku sąd właściwy w razie braku układu ma współdziałać, jeżeli bowiem idzie o dokonanie pewnych czynności dla sądu polubownego, jak przesłuchanie świadków, to powołanym jest sąd, w odrębie

którego czynność ma być uskutecznioną, według prawa niemieckiego atoli zezwolić na nią winien sąd, który byłby właściwym w razie braku układu polubownego.

Zdaniem naszem powołane przepisy są nieodpowiednie, wszystkie bowiem czynności mające na celu osądzenie ważności lub skuteczności układu i orzeczenia polubownego, dalej kwestję oznaczenia lub wykluczenia sądziego i dopuszczalności egzekucji przekazać należy sądowi, w obrębie którego sąd polubowny ma swoją siedzibę. Za tem przemawia okoliczność, że często potrzebną jest nagła dacyzja a ta może być osiągniętą tylko u sądu położonego w miejscu siedziby sądu polubownego, nie zaś u możliwie odległego sądu w razie braku układu właściwego; między sprawą polubowną a tym sądem brak zresztą wszelkiej łączności, któraby tegoż właściwość w postępowaniu polubownem mogła uzasadnić, okoliczność zaś, że jest właściwym dla procesu, powinna być obojętna, skoro właściwie idzie o nadzór nad sądem polubownym.

Odnośnie do właściwości rzeczowej zaznaczyć należy, że sąd powiatowy winien być powołany do załatwienia sprawy a nie sąd okręgowy, idzie bowiem o rychłe załatwienie, a to można osiągnąć, gdy sprawą zajmie się jeden sędzia. To uwzględnia też prawo austrjackie i dopuszcza, aby w trybunale sprawę załatwił senat lub jednostkowy sędzia, odpowiedniejszem jest jednak przekazanie całej sprawy sądowi powiatowemu, bo ten jako położony bliżej siedziby sądu polubownego łatwiej jest dostępny.

Sąd powiatowy, w odrębie którego znajduje się siedziba sądu polubownego, należy uznać także jako właściwy do dozwolenia egzekucji, co też przyjmują art. 1020 proc. fr. i art. 1394 proc. ros., ten sąd bowiem najłatwiej zbadać może, czy zarzuty przeciw orzeczeniu polubownemu są uzasadnione.

Od przyjętej przez nas zasady istnieć jednak winien wyjątek w przypadku, gdy idzie o dokonanie pewnej czynności dla sądu polubownego, tę czynność bowiem dokonać może skutecznie tylko ten sąd, w obrębie którego czynność ma być uskutecznioną.

XI. Zarzut kompromisu.

O zarzucie kompromisu traktować należy z dwojakiego stanowiska po pierwsze, gdy strona wytacza spór przed sądem państwowym a przed sądem polubownym nie toczy się jeszcze postępowanie, po drugie, gdy obydwa postępowania prowadzi się równocześnie. Obowiązujące ustawodawstwa uwzględniają tylko pierwszy przypadek, nie postępują jed-

nak jednakowo: i tak prawo niemieckie w § 274 l. 3, a węgierskie w § 180 l. 4. uważają zarzut kompromisu za osobny zarzut proces wstrzymujący, natomiast w prawie austrjackiem jest spornem, czy zachodzi zarzut niedopuszczalności drogi sądowej, czy też niewłaściwości sądu, co ma praktyczną doniosłość o tyle, że w drugim przypadku uwzględnić należy zarzut tylko wtedy, gdy go wcześnie, a więc na pierwszej audjencji podniesiono, w przypadku pierwszym zaś uwzględniony być winien w toku całego postępowania i to nawet z urzędu. De lege ferenda nie podobna przyjąć, że zachodzi niedopuszczalność drogi procesowej, sprawa bowiem nie zostaje wyjętą z pod orzecznictwa sądów i wskutek układu tylko czasowo nie może być przez nie rozpatrywaną; także o niewłaściwości sądu mówić nie można, skoro nie idzie o to, czy ten lub ów sąd ma się sprawą zająć. Nie pozostaje więc nic innego, jak tylko zarzut kompromisu uważać za zarzut osobnego rodzaju; nie można jednak uwzględnić go z urzędu, lecz tylko na wniosek, a ponadto ustanowić wypada prekluzję na wypadek, gdyby nie podniesiono go na wstępie postępowania, sprawę więc traktować się winno na równi z przypadkiem, gdy zachodzi usuwalna niewłaściwość sądu.

Odnośnie do przypadku drugiego zaznaczyć wypada, że postępowanie polubowne wdrożone być może bądź na podstawie układu zawartego przed wdrożeniem procesu sądowego, bądź też wskutek kompromisu, który dopiero w toku sporu doszedł do skutku. Jeżeli prowadzi się postępowanie polubowne a mimo to wytoczono spór sądowy, wówczas uwzględnić należy z urzędu zawisłość sprawy i dlatego skargę sądową odrzucić; orzeczenie polubowne stoi bowiem na równi z wyrokiem, nie podobna więc o tensam przedmiot prowadzić spór sądowy, bo to doprowadzić może do podwójnego orzeczenia. Inaczej ma się rzecz, gdy najpierw wdrożono proces sądowy a następnie postępowanie polubowne; w tym przypadku jest to ostatnie niedopuszczalne, chociażby nawet istniał jeszcze ważny kompromis, bo strona powodowa, wnosząc pozew sądowy, zrzeka się tem samem korzystania z układu i nie może uzyskać skutecznego orzeczenia.

W przypadku, gdy dopiero w toku sporu sądowego zawiera się układ polubowny, należy dalsze postępowanie procesowe uznać jako niedopuszczalne, rzeczą jednak strony jest podnieść zarzut kompromisu natychmiast po wdrożeniu dalszego postępowania procesowego i przed dokonaniem najbliższej czynności procesowej, zaczem z urzędu nie można procesu zastanowić. Tego nie może atoli sąd uczynić, jeżeli kompromis skutecznie w toku sporu zawarty utracił w międzyczasie swoją moc, np. z powodu upływu czasu zakreślonego do wydania orzeczenia, postępowanie polubowne bowiem nie może być więcej prowa-

dzone i dlatego proces sądowy winien być dalej kontynuowany. Możliwem jest, że dopiero po wydaniu wyroku sądowego, ale przed jego prawomocnością, a więc w toku postępowania w wyższej instancji zawiera się układ polubowny; w tym przypadku układ jest pozbawiony wpływu na postępowanie a stronie przysługuje tylko opozycja przeciw roszczeniu wyrokiem sądowym przyznanemu, którą oprzeć może na układzie i orzeczeniu polubownem.

XII. Sąd polubowny ustanowiony w sposób inny, niż za pomocą układu stron.

Sąd polubowny może być ustanowiony w akcie fidejikomisowym, fundacyjnym i td. lub w rozporządzeniu ostatniej woli. Zwłaszcza z tym ostatnim przypadkiem można się spotkać, spadkodawcy bowiem często zależy ma tem, aby spory między spadkobiercami albo nimi i legatarjuszami były załatwione polubownie i dlatego stanowi, że droga procesowa ma być wykluczoną. Takie zarządzenie uznają wyraźnie ustawy niemiecka, austrjacka i węgierska w §§ 1048, 599 i 788 i stanowią, że przepisy o sądach polubownych mają być stosowane i to według pierwszych dwu ustaw odpowiednio.

Zdaniem naszem uznać należy zarządzenie, aby sprawę załatwiono polubownie, z wyjątkiem jednak przypadku, gdy pewna osoba otrzymać ma ze spadku korzyści bez względu na zarządzenie testatora jak np., gdy idzie o jej zachowek, bo ten należy się bezwarunkowo, to też dziedzic konieczny wypłaty tegoż domagać się może przed sądem państwowym i nie musi zwracać się do sądu polubownego.

Do zarządzenia dotyczącego sądu polubownego i postępowania przed tymże odpowiednio stosować należy przepisy o sądzie polubownym opartym na układzie stron, gdyż zasada jest w obydwu przypadkach jednakową. Ze względu na to traci zarządzenie swoją moc, jeżeli odpada sędzia wyraźnie przez spadkodawcę wymieniony: w razie zaś, gdy go nie wymieniono, winna każda strona wybrać po jednym arbitrze, a ci przybrać sobie mają zwierzchnika. Jeżeli sędzia wybrany przez stronę zwleka ze spełnieniem urzędu, żądać można uznania zarządzenia umieszczonego w rozporządzeniu ostatniej woli za bezskuteczne, chociaż to pozostaje w sprzeczności z zarządzeniem spadkodawcy, bo prowadzi do wykluczenia drogi polubownej, ale nie można narażać strony na szkodę i zmuszać do ustanowienia innego sędziego. Z podobieństwa przepisu o układzie wynika wreszcie, że zarządzenie spadkodawcy strony zgodnie uznać mogą za pozbawione znaczenia; przeciw temu nie można powołać się na przepis o zleceniu, według którego nie

wolno odstępować od życzeń testatora, w zarządzeniu bowiem sądu polubownego nie mieści się żadne zlecenie w znaczeniu prawa materjalnego a tylko do tego odnieść wypada przepisy prawa cywilnego a nie do zarządzeń procesowej natury.

XIII. Stałe sądy obywatelskie.

a) Ogólne uwagi.

Na równi ze sądami polubownymi traktuje się często sądy stałe i to tak te, które wkraczają, gdy strony poddają się wyraźnie ich orzecznictwu, jak i sądy które rozpatrują sprawę bez względu na układ stron a więc na podstawie przynależności ich do pewnego związku. To stanowisko zajmuje częściowo § 599/2 ust. austr. stanowiąc, że przepisy o sądach polubownych mają zastosowanie także do sądów polubownych, które są zarządzone statutami, osłabia jednak swój przepis wskutek dodatku, że z pod zastosowania przepisów o sądach polubownych wyjęte są spory ze stosunku przynależności do stowarzyszenia w myśl ustawy z dnia 15 listopada 1867 Nr. 134 dz. p. p; w praktyce przyjmuje się, że powołany przepis nie odnosi się do sądów polubownych, które są ustanowione przy korporacjach obejmujących strony nawet bez wyraźnego przystąpienia, a więc wskutek pewnego zajęcia, jak przy kasach chorych, zakładach ubezpieczeń i t. d., wskutek czego stosowanie postanowień o sądach polubownych doznaje dalszych jeszcze ograniczeń.

Jak już wyżej podnieśliśmy, należy całkiem inaczej traktować te sądy polubowne, przyczem obojętnem być winno, czy uprawnienie ich jest uzasadnione przynależnością ustawową, czy też przystąpieniem strony do związku. Niektóre jednak przepisy o sądach polubownych odnieść należy także do stałych sądów obywatelskich, które ustanawiają pewne korporacje, jak izby handlowe i przemysłowe. rękodzielnicze, adwokackie, lekarskie, inżynierskie lub giełdy, ale nie wszystkie, bo sądy stałe mogą zastąpić sądy państwowe, wskutek czego postępowanie przed nimi powinno stać na równi z postępowaniem przed sądami państwowymi, nie podobna atoli stosować zbyt formalistycznych przepisów tego postępowania, lecz pozostawić należy sądom pewną swobodę działania i tylko pewne wprowadzić ograniczenia.

b) Postanowienia szczegółowe.

aa) Porządek postępowania.

Postanowień o obsadzeniu sądu polubownego i o postępowaniu nie można stosować do stałych sądów obywatelskich. Te sądy powinny być w jednolity sposób obsadzone, aby doprowadzić do stałej judykatury, a ponadto postępowanie należy raz na zawsze ustalić; nie podobna bo-

wiem tak, jak w sądach polubownych, od czasu do czasu działających, postępować całkiem swobodnie, to też korporacjom, które wprowadzają sądy polubowne, należy pozostawić ustanowienie porządku postępowania.

Aby jednak nie dopuścić do naruszenia pewnych zasad, należy w ustawie postanowić, że od nich nie można odstąpić, koniecznem jest ponadto zatwierdzenie postępowania przez władzę sprawującą nadzór nad sądami. Porządek może bowiem zawierać postanowienie, które wprawdzie nie sprzeciwia się ustawie, ale dla sądu stałego jest nieodpowiednie, władzy nadzorczej należy zatem dać możność spowodowania zmiany niewłaściwych przepisów.

bb) Skład sądu.

Stałe sądy istnieją zazwyczaj dla rozsądzania sporów między osobami posiadającymi sprzeczne interesy np. między kupcem a odbiorcą towarów, pracodawcą a robotnikiem i t. d. Ze względu na to obsadza się je w ten spósób, że połowę członków wybiera się z tej grupy, do której należy strona, przewodniczącym zaś mianuje się osobę stojącą poza interesowanymi osobami. Jakkolwiek jest to regułą, to jednak w ustawie nie podobna tego przepisywać, lecz porządkowi postępowania pozostawić należy, czy interesa obu stron mają być przy obsadzeniu sądu zastąpione oraz w jaki sposób ma być oznaczony przewodniczący.

Jedno jednak należy postanowić a mianowicie, że w skład sądu powinna wchodzić osoba o wykształceniu prawniczem. Stały sąd orzeka na podstawie pewnych przyjętych zasad a postępowanie jego nie jest dowolne, wskazanem jest zatem, aby prawnik posiadał wpływ tak na postępowanie jak i na orzeczenie, a to da się osiągnąć, jeżeli będzie członkiem sądu, co przyjmuje się już obecnie we wielu korporacjach, w szczególności zaś w ten sposób są obsadzone sądy giełdowe.

Członek sądu obywatelskiego posiadający wykształcenie prawnicze powinien zająć się spisaniem protokołu względnie nadzorem nad dokonaniem tej czynności, przesłuchaniem świadków, znawców i stron, spisaniem orzeczenia i potwierdzeniem tegoż wykonalności. Nie należy żądać, aby wymieniony członek był także przewodniczącym; bo w niektórych przypadkach okazuje się potrzeba ustanowienia osobnego przewodniczącego; należy więc pozostawić porządkowi postępowania, kto ma fungować jako przewodniczący.

cc) Postępowanie.

Jak już zaznaczyliśmy, sąd obywatelski trzymać się powinien porządku postępowania, w tym porządku jednak nie można odstąpić do

zasad ustności i bezpośredności postępowania a ponadto od zasady wysłuchania stron.

Sąd obywatelski powinien wszelkie czynności procesowe sam dokonać a więc także te, których nie może uskutecznić zwyczajny sąd polubowny. Rzeczą więc sądu obywatelskiego jest bezpośrednio przesłuchać świadków, znawców i strony, a także i odebrać od nich przysięgę; tę ostatnią czynność można mu powierzyć, bo ze względu na to, iż jest ustanowiony przy korporacji i trzymać się musi pewnego porządku, zachodzą gwarancje, że dokona czynności należycie. Nie można jednak sądowi obywatelskiemu przyznać mocy zniewolenia świadka lub znawcy do jawienia się w sądzie i do złożenia przysięgi oraz zeznań, tę czynność pozostawić należy władzy państwowej; w razie odmowy przysięgi lub zeznań tylko sąd państwowy powinien zniewolić świadka do spełnienia obowiązku, zmuszenie do jawienia się przed sądem obywatelskim zostawić zaś należy władzy policyjnej.

Mając sam załatwić wszelkie czynności powinien sąd obywatelski także sam orzekać o tem, czy wykluczenie członka jest uzasadnione.

Przed sądem obywatelskim spisać należy protokół rozprawy, nie koniecznie jednak wymagać należy powołanie osobnego protokolanta, bo sędzia posiadający wykształcenie prawnicze może sam tych czynności dokonać. Orzeczenie powinno być ogłoszone i stronom doręczone; podpisać je winien oprócz przewodniczącego także sędzia prawnik.

Kwestją nader doniosłą jest, czy w postępowaniu przed sądami obywatelskimi do zastępstwa dopuścić należy adwokatów: niektóre postępowania wykluczają ich zastępstwo a niektóre pozostawiają ocenieniu sądu, czy adwokat ma być w danej sprawie dopuszczony. Zdaniem naszem zastępstwo adwokackie nigdy nie powinno być konieczne, ale zawsze możliwe. Inną jest kwestja, czy koszta tegoż zastępstwa winny być przyznane; co do tego porządkowi postępowania pozostawić można unormowanie, dopuszczalnym więc winien być przepis, że koszta zastępstwa nie mają być zwrócone przez stronę przegrywającą.

dd) Prawomocność i wykonalność orzeczenia.

Uchwały i orzeczenia sądu obywatelskiego uważać należy jako ostateczne, zaczem tylko wyjątkowo umożliwić wypada ich zaczepienie. W szczególności dopuszczalne być powinno zażalenie od uchwały, którą odrzucono wyłączenie sędziego, a także umożliwić należy zaczepienie orzeczenia końcowego z powodu niektórych braków a mianowicie takich, dla których orzeczenie polubowne jest samo przez się bezskuteczne albo z powodu których ulega zaczepieniu, w tych bowiem przypadkach nie podobna uznać mocy wiążącej orzeczenia sądu obywatelskiego. Zaczepienie powinno być dopuszczalne tylko w przeciągu pewnego kresu,

ale niepotrzebną jest forma procesu zwyczajnego, lecz wystarcza w zupełności postępowanie wnioskowe, idzie bowiem tylko o pewne braki a te z łatwością mogą być stwierdzone.

Orzeczeniu sądu obywatelskiego a także zawartej przed nim ugodzie przyznać należy natychmiastową wykonalność bez uprzedniego orzeczenia sądu państwowego. Potwierdzenie wykonalności pozostawić więc należy sądowi obywatelskiemu, względnie tegoż przewodniczącemu i sędziemu posiadającemu wykształcenie prawnicze.

ee) Sąd państwowy.

Sąd państwowy współdziała w postępowaniu, gdy idzie o dokonanie pewnej czynności dla sądu obywatelskiego; w tym przypadku powołanym być winien sąd tego miejsca, w którem się czynność uskutecznia; jeżeli idzie o zniewolenie świadka lub znawcy do spełnienia obowiązku, uznać należy jako właściwy sąd, w obrębie którego sąd obywatelski ma swoją siedzibę. — Ten ostatni sąd należy też uznać właściwym, gdy idzie o zabezpieczenie uchwał lub orzeczeń sądu obywatelskiego, bo ten sąd najlepiej zbadać może sprawę.

XIV. Projekt ustawy.

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy następujące postanowienia.

Art. 1. Orzecznictwu sądu polubownego można poddać spory o przedmiot, którym strony mogą rozporządzać.

Orzecznictwu sądu polubownego można poddać albo spory dokładnie oznaczone albo spory powstałe lub powstać mogące z pewnego stosunku prawnego.

Układ, którym orzecznictwu sądu polubownego poddano rozstrzygnięcie sprawy o zapłacenie odszkodowania na podstawie umowy ubezpieczenia jest tylko wtedy skuteczny, gdy ubezpieczyciel uznaje w zasadzie obowiązek zapłacenia odszkodowania a nie uznaje tylko wysokości pretensji; jeżeli ubezpieczyciel mimo wezwania do oświadczenia nie udzielił w przeciągu dni ośmiu odpowiedzi, traci układ co do danej sprawy moc obowiązującą.

Art. 2. Układ polubowny obowiązuje także prawonabywców stron.

Do zawarcia układu w obcem imieniu jest wymagane pełnomocnictwo uprawniające do poddania się orzecznictwu sądu polubownego odnośnie do danego stosunku prawnego.

Układ zawarty imieniem osób nieletnich lub pod kuratelą pozo-

stających wymaga zatwierdzenia władzy opiekuńczej lub kuratelarnej; układ zawarty przez osobę, która na podstawie umocowania sądowego uprawnioną jest do dochodzenia roszczenia innej osobie przysługującego, winien być zatwierdzony przez sąd sprawujący nadzór w danej sprawie.

Art. 3. Układ o załatwienie sporu przez sąd polubowny wymaga do swojej ważności pisemnego sporządzenia i podpisania przez strony; jeżeli strona nie umie lub nie może czytać i pisać, ma być jej podpis przez sąd lub notarjusza uwierzytelniony.

Za dokument pisemny należy uważać także akt notarjalny lub protokolarne oświadczenie w toku procesu sądowego złożone albo wymianę przez strony wzajemnych dokumentów.

Jeżeli spór dotyczy umowy, dla której ważności wymagane jest zachowanie pewnej formy, układ polubowny tylko wtedy jest ważny, gdy przy jego zawarciu zachowano tę formę, chyba, że istnieje już umowa we formie przepisanej zawarta.

Wszelkie zmiany i uzupełnienia ważnego układu o sąd polubowny wymagają formy pisemnej.

Art. 4. Bezskuteczne jest, jednak bez naruszenia mocy układu co do innych postanowień, zrzeczenia się wykluczenia sędziego polubownego jeszcze niewymienionego a ogólnikowe zrzeczenie się wykluczenia sędziego już oznaczonego, jeżeli strona uprawdopodobni, że przyczyna wykluczenia nie była jej znaną, dalej zrzeczenie się zaczepienia nie doręczonego jeszcze orzeczenia polubownego.

Art. 5. Sąd polubowny może się składać z jednego lub kilku sędziów polubownych; nie można ustanowić sędzią polubownym osoby prawniczej albo urzędu.

Strony mogą dowolnie oznaczyć ilość sędziów i sposób ich zamianowania, nieważnym jest jednak układ, w myśl którego jedna strona ma zamianować większą ilość sędziów polubownych, niż druga.

Art. 6. Jeżeli układ polubowny nie wymienia sędziów i nie zawiera postanowienia co do tego, przez kogo, w jakiej ilości i w jaki sposób mają być ustanowieni, wówczas każda strona ma zamianować po jednym sędziu polubownym: kilku towarzyszy sporu wybiera wspólnie sędziego polubownego, a o ileby nie mogli się pogodzić co do jego osoby, rozstrzyga większość, a gdy tej nie można osiągnąć, los.

Sędziowie polubowni zamianowani na podstawie układu wybierają zwierzchnika.

Zgodne zamianowanie sędziów polubownych przez strony i wybór zwierzchnika przez sędziów polubownych ma nastąpić na piśmie, w ten sam sposób winna strona zawiadomić drugą o zamianowaniu sędziego polubownego przy dołączeniu dokumentu stwierdzającego przyjęcie

przezeń urzędu. Strona jest związaną dokonanem ustanowieniem sędziego polubownego od chwili, kiedy stronę przeciwną o tem zawiadomiła; wyborem zwierzchnika są związani sędziowie polubowni od chwili, kiedy dokument stwierdzający wybór został podpisany. Jeżeliby jednak obrany zwierzchnik urzędu nie przyjął, mają sędziowie polubowni w miejsce tegoż wybrać innego.

Art. 7. Jeżeli strona nie uwiadomiła należycie drugiej o zamianowaniu sędziego polubownego, można ją do tego wezwać za pośrednictwem sądu: jeżeli strona wzywająca jest zobowiązaną do zamianowania sędziego polubownego, ma to uczynić najpóźniej w wezwaniu a zarazem winna przedłożyć dokument stwierdzający, że osoba wymieniona sędzią polubownym ten urząd przyjęła.

Sąd doręcza wezwanie bez jakiejkolwiek uchwały: wezwanie nie odpowiadające wymogom ustawowym należy odrzucić, o ile nie zostaje uzupełnione.

Jeżeli osoba wezwana w przeciągu tygodnia albo w przeciągu innego w układzie oznaczonego czasokresu. licząc od dnia doręczenia jej należytego wezwania nie donosi sądowi, kogo zamianowała sędzią polubownym i nie przedkłada dokumentu stwierdzającego przyjęcie tego urzędu przez osobę wymienioną albo mianuje osobę niezdolną do sprawowania urzędu sędziowskiego, lub też od tego w danej sprawie wyłączoną, wówczas traci prawo wymienienia sędziego polubownego: na wniosek strony wzywającej sąd mianuje sędziego polubownego w miejsce strony wezwanej.

Powyższe postanowienia co do wezwania i ustanowienia przez sąd sędziego polubownego mają także wtedy zastosowanie, gdy zamianowanie sędziego polubownego jest pozostawione osobie trzeciej a ta pisemnie nie zawiadamia stron, kogo ustanowiła sędzią polubownym.

Sąd oznacza zwierzchnika na żądanie sędziów polubownych albo jednego z nich lub też strony, jeżeli sędziowie polubowni nie mogą się porozumieć co do jego osoby albo w przeciągu dni ośmiu od rozpoczęcia czynności wyboru nie dokonują.

Ustanowienie sędziego polubownego przez sąd nie ma nastąpić, jeżeli układ polubowny zawiera postanowienie na przypadek, gdyby nie nastąpiło ustanowienie sędziego przez stronę albo trzecią osobę do tego powołaną.

Bezskuteczne jest postanowienie, że stronie wzywającej przysługuje prawo zamianowania sędziego polubownego w miejsce strony przeciwnej na przypadek, gdyby ta mimo wezwania nie zamianowała sędziego polubownego.

Art. 8. Nikt nie może być sędzią polubownym we własnej sprawie lub w sprawie, w której jest bezpośrednio lub pośrednio intereso-

wany. Sędzią polubowym nie może być czynny sędzia, osoba umysłowo chora i nie umiejąca czytać lub pisać.

Sędziego polubownego może każda strona wykluczyć z tych powodów, dla których jest dopuszczalne wykluczenie sędziego państwowego, nie jest jednak dopuszczalne wykluczenie sędziego ustanowionego w układzie lub zgodnie ze stroną przeciwną na podstawie tegoż wybranego chyba, że przyczyna wykluczenia zaszła później albo doszła później do wiadomości strony.

Wykluczyć można oprócz tego osobę pozostającą pod opieką lub kuratelą, ciemnego, głuchego, niemego i osobę pozbawioną praw obywatelskich.

Wykluczenia sędziego polubownego z przyczyn ustawowych może dokonać także strona która go zamianowała i która pozostaje do sędziego w stosunku wykluczenie uzasadniającym.

Wykluczenie nie jest dopuszczalne, gdy osoba znając przyczynę wykluczenia nie podnosi zarzutu i wdaje się w rozprawę przed sędzią polubownym.

O wykluczeniu sędziego orzeka na wniosek strony sąd państwowy. Sąd polubowny może wstrzymać dalsze postępowanie aż do prawomocnego wydania przez sąd państwowy orzeczenia w przedmiocie wykluczenia sędziego, w tym przypadku jednak czasokres ustanowiony w układzie do wydania orzeczenia polubownego przedłuża się o cały czas, przez który trwa przed sądem postępowanie w przedmiocie wykluczenia sędziego.

Art. 9. Nikt nie jest zobowiązany do przyjęcia urzędu sędziego polubownego; kto przyjął ten urząd i oświadczył to na piśmie jest obowiązany należycie go spełnić, wobec strony jednak, która go sędzią nie ustanowiła, dopiero od chwili, gdy została o przyjęciu uwiadomioną.

Z ważnych przyczyn może sędzia polubowny odstąpić od przyjętego zobowiązania i może żądać od sądu państwowego wydania uchwały, że odstąpienie jest uzasadnione.

Art. 10. Strony mogą zgodnie rozwiązać układ polubowny; umowa rozwiązująca wymaga do skuteczności formy pisemnej.

Układ polubowny staje się sam przez się bezskutecznym z upływem czasu, do którego według jego treści sędziowie polubowni mają wydać orzeczenie, dalej, jeżeli obydwie strony nie mogą się porozumieć co do osoby sędziów polubownych wspólnie przez nich ustanowić się mających, jeżeli sędzia ustanowiony w układzie nie przyjmuje urzędu, umiera albo staje się niezdolnym do pełnienia swoich obowiązkąw lub z powodu trwałej choroby fizycznej lub umysłowej pełnić ich nie może.

wreszcie, jeżeli przy wydaniu orzeczenia nie można osiągnąć większości głosów a w razie ustanowienia dwóch sędziów jednomyślności.

Na wniosek strony ma sąd ustalić, że układ utracił sam przez się moc obowiązującą.

Art. 11. Sędziemu polubownemu, który nie spełnia urzędu i nie wydaje orzeczenia, poleca sąd państwowy na wniosek strony, aby to uczynił w przeciągu pewnego czasokresu.

Sędziego, który mimo polecenia sądowego nie przeprowadza postępowania i nie wydaje w przeciągu zakreślonego mu czasu orzeczenia, ma sąd usunąć na wniosek którejkolwiek strony.

Sędziego polubownego, który mimo polecenia sądowego odmawia spełnienia obowiązku lub z tegoż spełnieniem nadmiernie zwleka a dla swego usprawiedliwienia nie podaje ważnych przyczyn, ma sąd na wniosek jednej ze stron zasądzić na grzywnę; sędzia taki jest ponadto zobowiązany do wynagrodzenia każdej stronie szkody spowodowanej zawinioną bezczynnością lub zwłoką.

Art. 12. Na żądanie jednej ze stron ma sąd uznać układ polubowny bezskutecznym, jeżeli strona przeciwna albo trzecia osoba w zakreślonym terminie nie mianuje sędziego polubownego, jeżeli sędzia w układzie ustanowiony w przeciągu czasu zakreślonego mu przez sąd nie spełnia obowiązku, wreszcie, gdy sąd polubowny nadmiernie zwleka z przeprowadzeniem postępowania i wydaniem orzeczenia.

Wniosku doręczonego stronie przeciwnej nie można bez jej zgody cofnąć, żądanie ustanowienia innego sędziego polubownego jest w tym przypadku niedopuszczalne.

Uznanie zapisu bezskutecznym nie uchyla obowiązku sędziego polubownego do wynagrodzenia stronom szkody spowodowanej zawinioną opieszałością.

Jeżeli układ polubowny dotyczy większej ilości sporów, należy orzec jego bezskuteczność tylko w danej sprawie chyba, że przyczyna bezskuteczności odnosi się do całej treści układu.

Art. 13. Jeżeli sędzia polubowny nie wymieniony już w układzie polubownym lub na tegoż podstawie ustanowiony umarł, stał się niezdolnym do sprawowania urzędu sędziego polubownego, został skutecznie wykluczony lub przez sąd z powodu opieszałości usunięty, może strona żądać ustanowienia innego sędziego. W tym przypadku mają zastosowanie postanowienia art. 7.

Art. 14. Sąd polubowny ma przeprowadzić postępowanie i wydać orzeczenie na żądanie jednej ze stron we formie pisemnej wystosowane. Jeżeli miejsce pobytu strony nie jest znane, ma dla niej na wniosek strony drugiej ustanowić kuratora sąd państwowy, któryby był powołany do załatwienia sporu w razie braku układu.

Miejsce, w którem sąd polubowny ma przeprowadzić postępowanie i wydać orzeczenie, oznacza układ a w razie braku tegoż oznaczenia w układzie rozstrzyga miejsce stałego pobytu pozwanego, gdyby zaś obydwie strony podniosły wzajemne pretensje, sąd miejsca stałego pobytu jednej ze stron. Strona, która wdała się już w rozprawę przed sądem polubownym, nie może podnosić zarzutu z tego powodu, że postępowanie prowadzono w innem miejscu a nie przepisanem.

Sądowi polubownemu wolno przeprowadzić dowody w innem miejscu, jeżeli uzna to za konieczne.

O ile zapis nie oznacza postępowania, ma je sąd polubowny sam oznaczyć według swobodnego uznania, winien jednak każdej stronie dać możność ustnego lub pisemnego oświadczenia się chyba, że zrzekła się w układzie lub dodatkowej pisemnej umowie swego przesłuchania.

Jeżeli mimo należytego wezwania strona nie jawi się lub nie udzieli pisemnego wyjaśnienia, przeprowadza sąd polubowny postępowanie ze stroną czynną, nie musi jednak przyjąć jej twierdzeń za prawdziwe, lecz może przeprowadzić dochodzenie co całego stanu faktycznego.

Sąd polubowny nie może przeprowadzić postępowania za pośrednictwem niektórych tylko członków.

Art. 15. Sąd polubowny może przesłuchać bez przysięgi świadków, znawcow i strony, może też przeprowadzić inne dowody, któte uzna za stosowne, nie może jednak stosować środków przymusowych, aby uzyskać stawiennictwo lub dostarczenie środka dowodowego.

Art. 16. Jeżeli świadek lub znawca nie jawi się przed sądem polubownym, jeżeli nie dostarcza mu się środków dowodowych albo też zachodzi potrzeba zaprzysiężenia, wówczas sąd polubowny zwrócić się ma do sądu państwowego o przeprowadzenie dowodu lub o wydobycie środka dowodowego.

Sąd ma uczynić zadość wezwaniu sądu polubownego chyba, że chodzi o czynność niedozwoloną albo obliczoną na narażenie osoby trzeciej, w szczególności świadka na szkodę.

O terminie przeprowadzenia dowodu zawiadamia sąd strony a ponadto i sąd polubowny, którego członkom wolno brać udział przy przeprowadzeniu dowodu i stawiać pytania do świadków, znawców i stron.

Sąd prowadzący dowód ma te uprawnienia, które przysługują sądowi orzekającemu, w szczególności rozstrzyga o dopuszczalności zaprzysiężenia i odmawiania odpowiedzi na wystosowane pytania.

Art. 17. Sąd polubowny może wstrzymać postępowanie, jeżeli w sądzie państwowym postawiono wniosek o wykluczenie sędziego

polubownego lub wniesiono skargę albo postanowiono wniosek w celu ustalenia nieważności lub bezkuteczności układu polubownego.

Art. 18. Sąd polubowny ma spisać protokół postępowania, a ten winien zawierać podniesione przez strony pretensje i krótki przebieg postępowania.

Protokół ma być podpisany przez wszystkich sędziów.

Art. 19. Orzeczenie sądu polubownego zapada, o ile układ polubowny co innego nie stanowi, absolutną większością głosów a musi być jednomyślny, jeżeli dwaj sędziowie biorą udział w postępowaniu

Jeżeli sędziowie polubowni mają przybrać w razie niezgodności zwierzchnika, winien on dać stronom możność oświadczenia się chyba, że układ co innego stanowi.

Jeżeli nie może dojść do większości głosów względnie jednomyślności a zapis nie zawiera żadnego postanowienia, co ma w tym wypadku nastąpić, mają sędziowie donieść o wyniku stronom w drodze pisemnej.

Sąd polubowny nie ma mocy orzekać o dopuszczalności kompenzaty, jeżeli co do pretensji wzajemnej brak układu polubownego.

Sąd polubowny może orzec i bez wyraźnego postanowienia zapisu o przynależnościach i ubocznych roszczeniach oraz o kosztach postępowania.

Art. 20. Sąd polubowny może każdej chwili oświadczyć, że w sprawie mu powierzonej nie jest w stanie wydać orzeczenia: w tym przypadku układ polubowny traci w całości moc obowiązującą.

Art. 21. Orzeczenie sądu polubownego uważa się za wydane dopiero z chwilą, gdy zostaje przez wszystkich sędziów polubownych podpisane; od tej chwili nie jest dopuszczalną zmiana orzeczenia, co jednak nie wyklucza sprostowania przeoczenia albo oczywistej pomyłki pisarskiej lub rachunkowej.

Jeżeli jeden ze sędziów odmawia swego podpisu, należy o tem strony zawiadomić. Każda strona może przeciw niemu postawić wniosek o zniewolenie go do spełnienia obowiązku, może jednak żądać tak w tym przypadku, jak i w przypadku, gdy sędzia polubowny po wydaniu orzeczenia zmarł albo nie może z powodu zaszłej ułomności albo choroby umieścić podpisu, wydania przez sąd uchwały, że podpis uważa się za zbędny, wskutek czego orzeczenie staje się skutecznem tak, jak gdyby podpis był umieszczony w czasie, gdy go inni sędziowie umieścili. Po prawomocności uchwały sądowej należy umieścić na orzeczeniu potwierdzenie, iż podpis uważany być ma jako zbędny.

Art. 22. Wypis orzeczenia sądu polubownego podpisany przez wszystkich sędziów względnie zaopatrzony uchwałą sądową, uznającą podpis jako zbędny, należy stronom doręczyć i od tej chwili jest ono wobec

nich skuteczne. Jeżeli zapis na sąd polubowny stanowi, że skuteczność jego gaśnie, jeżeli do pewnego czasu orzeczenie nie będzie wydane, wystarcza, gdy do tego czasu oryginał orzeczenia został przez wszystkich sędziów lub też, w razie odmowy podpisu przez niektórych, przez większość podpisany.

O ile strona osobiście wypisu nie podejmie i odbioru na oryginale orzeczenia nie potwierdzi, doręczenie odbyć się winno przez sąd, notarjusza, pocztą, posłańcem lub w inny stosowny sposób przez sąd polubowny obrany.

Art. 23. Strony mogą zawrzeć przed sądem polubownym ugodę. Ugoda ta jest skuteczna, jeżeli przez strony i wszystkich sędziów polubownych została podpisana. W razie odmowy podpisu mają zastosowanie postanowienia art. 20.

Art. 24. Wszelkie wezwania w toku postępowania ma sąd polubowny dokonać przez posłańca, pocztę, notarjusza lub sąd, może też obrać i inny sposób doręczenia.

Art. 25. Zastępstwo adwokatów przed sądem polubownem jest dopuszczalne i nie może być wykluczone; przed sądem państwowym nie jest jednak wymagane, o ile idzie o postępowanie układem lub orzeczeniem polubownem spowodowane.

Art. 26. W układzie polubownym można ustanowić wyższą instancję dla rozpatrywania słuszności orzeczenia sądu polubownego, niedopuszczalnem jest jednak ustanowienie jako drugiej instancji sądu lub innego organu państwowego. Odnośnie do drugiej instancji mają zastosowanie postanowienia powyższe dotyczące postępowania przed instancją pierwszą.

Art. 27. Oryginał układu, który przedłożyć należy sądowi polubownemu względnie tegoż wypis notarjalny albo sądowy, oryginał orzeczenia, wszelkie akta i dowody doręczenia wypisów orzeczenia sądu polubownego mają być złożone w sądzie. Sąd zezwolić ma stronom na przeglądnięcie aktów i wydaje na ich żądanie odpisy; inne osoby mogą przeglądnąć akta, gdy wykażą interes prawny w ich zbadaniu.

Art. 28. Sędziowie polubowni mają prawo do wynagrodzenia za swoje czynności. O ile co do tego brak porozumienia ze stronami, oznacza je sąd.

Art. 29. Orzeczenie sądu polubownego ma taką samą moc prawną, jaką by miał prawomocny wyrok sądowy co do tego samego przedmiotu wydany.

Art. 30. Orzeczenie sądu polubownego jest samo przez się bezskuteczne, jeżeli w ogóle lub co do pewnego roszczenia załatwionego orzeczeniem polubownem nie istnieje układ na sąd polubowny, gdy utracił sam przez się swoją skuteczność przed wydaniem orzeczenia albo

gdy jego nieważnosć lub bezskuteczność sądownie uznano na skutek żądania postanowionego przed wydaniem orzeczenia polubownego.

Orzeczenie sądu polubownego jest bezskuteczne także wtedy, gdy w wydaniu jego brał udział sędzia niezdolny do sprawowania tego urzędu lub którego na skutek wniosku przed wydaniem orzeczenia postanowionego prawomocną uchwałą sądową uznano za wykluczonego, gdy wyrzeczenie jest niezrozumiałe lub samo w sobie sprzeczne lub gdy zasądzono niem na czynność ustawą niedozwoloną lub zakazaną albo też uznano stosunek, o którym sąd polubowny orzekać nie ma prawa.

Na wniosek którejkolwiek strony ma sąd orzec uchwałą, czy orzeczenie sądu polubownego jest bezskuteczne.

Art. 31. Orzeczenie sądu polubownego może być na wniosek uznane jako bezskuteczne, jeżeli układ polubowny jest nieważnym dla braku przepisanej formy albo dlatego, że nie można poddać orzecznictwu sądu polubownego przedmiotu sporu, jeżeli naruszono umowny albo ustawowy przepis co do obsadzenia sądu, jeżeli stronie odebrano możność wysłuchania w szczególności z powodu prowadzenia postępowania w nienależytem miejscu, lub usunięto od zastępstwa adwokata przez nią powołanego albo gdy nie była zastąpioną przez ustawowego zastępcę, gdy to zastępstwo jest konieczne, jeżeli przy wydaniu orzeczenia naruszono przepis umowy lub ustawowy co do głosowania, jeżeli orzeczenie nie jest podpisane przez wszystkich sędziów i nie uzyskano uchwały sądowej co do zbędności podpisów niektórych sędziów, jeżeli orzeczenie nie zawiera uzasadnienia, jeżeli przyznaje przedmiot nie żądany przez stronę albo narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy prawne.

Żądaniu uznania orzeczenia bezskutecznem należy odmówić, jeżeli według układu na sąd polubowny zbędnem jest przesłuchanie stron lub uzasadnienie orzeczenia, dalej jeżeli postępowanie prowadzone z osobą niewłasnowolną za ważne uznane zostało przez jej ustawowego zastępcę.

Przyczyny bezskuteczności, o których mowa w niniejszym artykule należy podnieść przed nadaniem orzeczeniu wykonalności; strona może jednak i przed tym czasem żądać od sądu uznania orzeczenia bezskutecznem.

Jeżeli orzeczenie sądu polubownego jest wyłącznie ustalającem istnienie lub nieistnienie stosunku prawnego lub też zmienia stosunek prawny, wówczas należy wniosek o uznanie bezstuteczności postawić do miesiąca od doręczenia orzeczenia, gdy zaś chodzi o zaczepienie z powodu braku należytego zastępstwa albo dla przyczyn wznowienia, do miesiąca od czasu, kiedy ustawowy zastępca albo strona dowiedzieli się o przyczynie bezskuteczności. Zaczepienie nie jest dopuszczalne, jeżeli ustawowy zastępca wyraźnie uznał postępowanie albo też strona, która

sama była zastąpioną osiągnęła już własnowolność a wniosek o uznanie bezskuteczności nie był przed tym czasem postawiony.

Art. 32. Z powodu przyczyn, dla których jest możliwe wznowienie postępowania sądowego, jest dopuszczalne zaczepienie orzeczenia sądu polubownego albo za pomocą wniosku sądowego albo w postępowaniu o uznanie orzeczenia sądu polubownego wykonalnem albo wreszcie po wydaniu uchwały uznającej wykonalność w przeciągu miesiąca od chwili, kiedy strona dowiedziała się o przyczynie wznowienie uzasadniającej, jeżeli zarazem uprawdopodobni, że w postępowaniu o uznanie wykonalności nie była w stanie podnieść tej przyczyny. Jeżeli strona dowie się o przyczynie uzasadniejącej wznowienie postępowania polubownego w toku postępowania o uzyskanie wykonalności, liczy się kres od chwili prawomocności orzeczenia wykonalność nadającego; po upływie lat 10 od prawomocności tego orzeczenia zaczepienie orzeczenia polubownego jest niedopuszczalne.

Art. 33. Sąd ma na wniosek strony wydać uchwałę uznającą wykonalność orzeczenia sądu polubownego lub ugody przed nim zawartej.

Przy przesłuchaniu winna strona podnieść zarzuty wyżej w art. 29 wymienione a bezskuteczność orzeczenia powodujące. inne przyczyny powodujące bezskuteczność orzeczenia należy z urzędu uwzględnić.

W uchwale odmawiającej wnioskowi winien sąd zaznaczyć, czy orzeczenie polubowne jest samo przez się, czy też wskutek zarzutu strony bezskuteczne.

Uchwała przychylająca się do wniosku nadaje orzeczeniu polubownemu natychmiastową wykonalność

Art. 34. Skuteczne zaczepienie części orzeczenia polubownego powoduje tegoż bezskuteczność w całości.

Z uznaniem orzeczenia polubownego bezskutecznem traci układ polubowny moc obowiązującą.

Art. 35. Do ustanowienia sędziego polubownego, do uznania bezskuteczności układu na sąd polubowny lub orzeczenia sądu polubownego, do potwierdzenia wykonalności i do orzeczenia o wynagrodzeniu sędziów polubownych jest powołany sąd powiatowy, w obrębie którego sąd polubowny ma swoją siedzibę.

Do dokonania czynności na żądanie sędziów polubownych jest powołany sąd, w obrębie którego czynność ma być uskutecznioną, w szczególności dowody przeprowadzone; ten sąd przysyła dla użytku sądu polubownego akta, dokumenty lub rzeczy wywiadowcze sądowi, w obrębie którego znajduje się siedziba sądu polubownego.

Art. 36. W przypadkach wymienionych w art. 31. sąd przeprowadza postępowanie na wniosek strony i orzeka zapomocą uchwały. Przed jej wydaniem sąd może przesłuchać strony, a w razie potrzeby

sędziów polubownych; ustne przesłuchanie musi nastąpić, jeżeli chodzi o wykluczenie sędziego, uznanie układu lub orzeczenia polubownego bezskutecznem, albo o uznanie orzeczenia wykonalnem.

Od uchwały sądu przysługuje do dni 8 zażalenie z wyjątkiem przypadku, gdy chodzi li tylko o oznaczenie sędziego polubownego lub o wynagrodzenie sędziów polubownych. Zażalenie wnieść należy za pośrednictwem sądu pierwszej instancji Sąd drugiej instancji orzeka ostatecznie na niejawnem posiedzeniu. Prawomocna uchwała stoi na równi z wyrokiem sądowym i wiąże bezwarunkowo w toku późniejszego postępowania polubownego lub sądowego.

Postępowanie procesowe ma być prowadzone, gdy strona zaczepia układ polubowny z powodu braku woli albo przed wdrożeniem postępowania polubownego z innych przyczyn; wykazanie interesu w uznaniu bezskuteczności nie jest w tym przypadku potrzebne.

Art. 37. Układ polubowny ma być przez sąd uwzględniony tylko na skutek zarzutu pozwanego. Zarzut winien być podniesiony na pierwszej ustnej rozprawie i przed wdaniem się w rzecz samą. Późniejsze podniesienie zarzutu jest dopuszczalne, gdy doszło do układu polubownego w toku sporu; na układ należy się w tym przypadku powołać na najbliższej ustnej rozprawie po sporządzeniu kompromisu. Strona powodowa może cofnąć skargę bez zezwolenia strony pozwanej, jeżeli doszło do ważnego układu polubownego.

Jeżeli żadna ze stron nie powoła się na układ polubowny w toku sporu zawarty, traci tenże swoją moc obowiązującą.

Na istnienie i treść układu polubownego albo umowy dodatkowej lub umowy układ rozwiązującej, dopuszczalny jest li tylko dowód pisemny.

Zawisłość postępowania przed sądem polubownym winien sąd w procesie później wszczętym z urzędu w każdej chwili uwzględnić.

Art. 38. Układ o sąd polubowny co do sporu już powstałego przerywa przedawnienie dochodzonego rozszczenia. Jeżeli układem poddano orzecznictwu sądu polubownego spory w przyszłości powstać mogące, wniosek strony o ustanowienie sędziego polubownego do sądu wniesiony przerywa przedawnienie. Gdyby w układzie sędziowie polubowni byli już wymienieni, wezwanie do nich wystosowane o przeprowadzenie postępowania przerywa przedawnienie dochodzonego roszczenia.

Art. 39. Postanowienia powyższe mają zastosowanie do sądów polubownych ustanowionych w rozporządzeniach ostatniej woli. Strony interesowane mogą zgodnie pisemną umową uznać jako bezskuteczne takie zarządzenie.

Art. 40. Izby handlowe i przemysłowe, korporacje kupieckie lub przemysłowe, związki rolnicze lub zawodowe, jak izby adwokackie, le-

karskie i inżynierskie oraz giełdy mogą ustanowić stałe sądy obywatelskie dla rozstrzygania sporów.

Strony mogą poddać się układem orzecznictwu takich stałych sądów obywatelskich. Do układu takiego stosować należy powyższe postanowienia o układzie polubownym.

Art. 41. O składzie sądu obywatelskiego i sposobie powołania poszczególnych członków oraz o postępowaniu rozstrzyga porządek postępowania ustanowiony przez związek, który powołuje do życia sąd obywatelski. Porządek ten podlega zatwierdzeniu ze strony ministra sprawiedliwości. Porządek nie może odbiegać od przepisów poniżej ustanowionych.

Art. 42. Przynajmniej jeden z członków sądu obywatelskiego winien posiadać zdolność do pełnienia urzędu sędziowskiego i ma być przez ministra sprawiedliwości w urzędzie zatwierdzonym.

O wykluczeniu członka sądu rozstrzyga sąd obywatelski; w razie nieuwzględnienia wniosku strony orzeka sąd państwowy na jej zażalenie, które do dni 8 wnieść należy.

Art. 43. Sąd obywatelski winien przeprowadzić ustną i bezpośrednią rozprawę i nie może wydać orzeczenia, jeżeli stronom nie dał możności rozprawiania. Sąd winien spisać protokół, który podpisuje członek posiadający zdolność do sprawowania urzędu sędziowskiego; przybranie osobnego protokolanta nie jest konieczne.

Wykluczenie zastępstwa adwokatów nie jest dopuszczalne.

Art. 44. Sąd obywatelski może wezwać świadków i znawców i może odebrać od nich przysięgę, a także przesłuchać stronę pod przysięgą.

Jeżeli świadek lub znawca nie jawi się, musi Sąd obywatelski zwrócić się do Władzy policyjnej w celu przymusowego dostawienia. Jeżeli świadek lub znawca odmawia zeznań lub przysięgi Sąd obywatelski zwróci się do Sądu powiatowego, w obrębie którego Sąd obywatelski ma swoją siedzibę, o zniewolenie ich do spełnienia obowiązku.

Jeżeli bezpośrednie przeprowadzenie dowodu nie jest możliwe, lub z wielkimi kosztami połączone, może poza miejscowością, w której znajduje się jego siedziba, przeprowadzić dowód za pośrednictwem Sądu powiatowego, w obrębie którego czynność ma być dokonaną, a ten Sąd postąpi tak, jak w przypadku, gdzie wezwany zostaje do udzielenia pomocy prawnej przez Sąd państwowy.

Art. 45. Orzeczenie powinno zawierać krótkie uzasadnienie i winno być podpisane przez przewodniczącego i sędziego zdolnego do sprawowania urzędu sędziowskiego.

Orzeczenie jest skuteczne z chwilą ogłoszenia, a gdyby zastrze-

żono wydanie tegoż na piśmie z chwilą, gdy oryginał podpisał przewodniczący i sędzia posiadający wykształcenie prawnicze.

Sąd obywatelski sam doręcza swoje orzeczenie i przechowuje swoje akta. Wykonalność orzeczenia potwierdza przewodniczący i sędzia posiadający wykształcenie prawnicze.

Art. 46. Zaczepienie orzeczenia Sądu obywatelskiego dopuszczalne jest dla przyczyn, dla których orzeczenie polubowne samo przez się jest bezskuteczne, lub dla których ulega zaczepieniu względnie z powodu, których nie może uzyskać potwierdzenia wykonalności, wreszcie, gdy nie zachowano przepisów powyżej podanych, chociażby nawet porządek postępowania ich zachowania nie wymagał. Zaczepienie orzeczenia winno nastąpić w przeciągu miesiąca od doręczenia, gdyby zaś strona o przyczynie zaczepienia później się dowiedziała, od dnia, w którym przyczyna doszła do jej wiadomości.

Zaczepienia dokonuje się zapomocą wniosku w Sądzie powiatowym, w obrębie którego Sąd obywatelski ma swoją siedzibę; Sąd orzeka po przeprowadzeniu ustnej rozprawy uchwałą.

Sąd państwowy może wstrzymać wykonanie orzeczenia aż do ukończenia postępowania o uznanie orzeczenia bezskutecznym.

Art. 47. Ugoda zawarta przed Sądem obywatelskim i protokolarnie stwierdzona jest wykonalna.

Dr. Józef Skąpski.

Sąd polubowny.

Art. 1.

Strony mogą spory o przedmioty, któremi mają prawo dowolnie rozporządzać, oddać pod rozstrzygnięcie jednego lub więcej sędziów polubownych.

Art. 2.

Tylko na piśmie sporządzony i przez strony podpisany zapis na sąd polubowny ma moc prawną.

W zapisie tym wymienić należy strony i sędziów polubownych, a nadto określić przedmiot sporu.

Także przyszłe spory z pewnego ściśle określonego stosunku prawnego mogą być przedmiotem zapisu na sąd polubowny.

Art. 3.

Zmiana sędziów polubownych przed zakończeniem sprawy może zastąpić:

a) za zgodą stron;

b) na żądanie jednej strony wskutek przyczyn uzasadniających uchylenie sędziego według art...., jeśli przyczyny te powstały lub wyszły na jaw po sporządzeniu zapisu na sąd polubowny.

Art. 4.

Wniosek o zmianę sędziego polubownego w myśl art. 3. a) podać należy do tego sądu, który byłby właściwym dla sporu będącego przedmiotem zapisu polubownego.

O wniosku tym orzeka sąd po wysłuchaniu stron na rozprawie ustnej, a od orzeczenia dopuszczalny jest rekurs.

Art. 5.

Sędzią polubownym może być każda osoba pełnoletnia umiejąca pisać i posiadająca nieograniczoną zdolność do działań prawnych.

Art. 6.

Sędzia polubowny, który przyjął ten urząd, może tylko dla ważnej przyczyny uchylić się od wykonania związanych z nim obowiązków: w przeciwnym razie odpowiada stronom za szkodę.

Art. 7.

Zapis na sąd polubowny, o ile w osnowie jego niema odmiennych postanowień, gaśnie, jeżeli:

a) którykolwiek ze sędziów polubownych urzędu sędziego polubownego nie przyjmie, lub też

b) wskutek śmierci, albo z innego powodu odpadnie;

c) sąd polubowny nie wyda orzeczenia w terminie w zapisie określonym, lub w braku umownego terminu w przeciągu trzech miesięcy od dnia zawarcia zapisu na sąd polubowny, gdy zaś zapis ten odnosi się do sporów przyszłych (art. 2. b) od chwili wytoczenia danego sporu przed sądem polubownym. W tym ostatnim przypadku zapis na sąd polubowny pozostaje nadal w mocy co do możliwych innych sporów.

Art. 8.

W czasie trwania mocy prawnej zapisu na sąd polubowny strony nie mogą żądać rozpoznania sprawy przez sądy państwowe.

Art. 9.

Sąd polubowny nie jest obowiązany przestrzegać przepisów ustawy o postępowaniu sądowem, winien atoli zastosować się do postanowień zapisu polubownego.

W braku takich postanowień sąd polubowny postępuje według swego uznania, winien jednak stronom dać możność przedstawienia sprawy.

Z posiedzeń spisać należy protokół.

Art. 10.

Sąd polubowny może badać świadków i znawców, jeśli dobrowolnie się stawią, nie ma jednak prawa od nich, ani od stron odbierać przysięgi. Nie może zarządzać środków przymusowych, ani grzywien nakładać.

Art. 11.

Na wniosek strony może sąd polubowny celem przedsięwzięcia tych czynności procesowych, których uskutecznić sam nie ma prawa, zwrócić się do właściwego sądu powiatowego.

Art. 12.

Sąd polubowny orzeka według swobodnego przekonania zwykłą większością głosów, o ile zapis na sąd polubowny inaczej nie postanawia.

Art. 13.

Jeżeli rozstrzygnięcie nie może nastąpić dla braku większości, sąd polubowny zawiadomi o tem strony. W tym przypadku zapis na sąd polubowny gaśnie, o ile w tym kierunku innych nie zawiera postanowień.

Zapis odnoszący się do przyszłych sporów z pewnego spornego stosunku prawnego pozostaje nadal w mocy co do możliwych innych sporów z tego stosunku prawnego.

Art. 14.

W wyroku sądu polubownego należy wymienić:

a) datę wyroku,

b) imiona i nazwiska sędziów polubownych i stron.

c) rozstrzygnięcie sprawy,

d) powody, któremi sąd przy rozstrzygnięciu sprawy się kierował — o ile zapis na sąd polubowny nie uwalnia od zamieszczania powodów.

Art. 15.

Wyrok sądu polubownego podpisują wszyscy sędziowie polubowni.

W razie odmówienia podpisu przez jednego lub więcej sędziów wyrok będzie miał moc prawną, jeżeli podpisze go większość sędziów, którzy zarazem nadmienią, kto i dlaczego odmówił podpisu.

Art. 16.

Od wyroku sądu polubownego niema odwołania, o ile zapis na sąd polubowny inaczej nie postanawia.

Art. 17.

Sąd polubowny doręczy obydwom stronom wyrok w uwierzytelnionych przez siebie odpisach, oryginał zaś wraz z zapisem kompromisarskim i innymi aktami złoży w kancelarji tego sądu, który

byłby właściwym dla przeprowadzenia sporu wyrokiem rozstrzygniętego.

Art. 18.

Wyrok sądu polubownego ma moc prawa na równi z wyrokiem sądowym i jest wykonalny.

Art. 19.

Zezwolenie na wykonanie wydaje sąd, w którym złożono wyrok sądu polubownego.

Art. 20.

Można żądać uchylenia wyroku sądu polubownego, jeżeli:

a) zapis na sąd połubowny był nieważny lub zgasł,

b) nie przestrzegano przepisów postępowania w zapisie połubownym przewidzianych,

c) stronom nie dano możności rozprawiania się,

d) wyrok przekracza granice zapisu polubownego, sprzeciwia się prawu bezwzględnie obowiązującemu, lub nie odpowiada przepisom art. 14. i 15.

e) zachodzą warunki wznowienia postępowania według art. ...

Art. 21.

Skargę o uchylenie wyroku sądu polubownego wnieść należy w przeciągu 30-tu dni od doręczenia wyroku polubownego, do sądu, w którym złożono wyrok polubowny. W wypadkach art. 20. e) termin ten liczyć należy według przepisów o wznowieniu postępowania art. ...

Art. 22.

Postanowienia zapisu na sąd polubowny sprzeciwiające się przepisom art. 20. i 21. nie mają skutku prawnego.

Uzasadnienie.

Obok gorących zwolenników ma instytucja sądów polubownych niemniej licznych przeciwników.

Różnica poglądów odnosi się oczywiście tylko do strony procesowej; pod względem prawa materjalnego sąd polubowny mieści się zupełnie w ramach ugody, nie ma własnej konstrukcji i nie zaznacza odchyleń od zasadniczych linij tej instytucji prywatno-prawnej. Nie

miał też żadnego innego znaczenia sąd polubowny w dawnem prawie i nie uzasadniał w prawie rzymskiem prócz materjalnej ekscepcji rei transactae żadnych zarzutów natury procesowej, a w szczególności ekscepcji deklinatoryjnych.

Instytucją procesową sąd polubowny stał się dopiero w nowszych czasach jako środek zaradczy przeciw skomplikowanym i ociężałym formom procesowym, utrudniającym wymiar sprawiedliwości. Szybsze niż to postępowanie tętno życia wytworzyło z konieczności nowe, choć niewątpliwie mniej bezpieczne drogi prawa: obok publicznego prywatny wymiar sprawiedliwości. Na patologiczne objawy — patologiczna reakcja z punktu widzenia prawa publicznego.

Jakkolwiek historyczną koniecznością do życia powołany był i pozostał do dziś dnia sąd polubowny co do zastępczej funkcji prawa publicznego tylko surrogatem wymiaru sprawiedliwości — malum necessarium. Rozwojowi jego sprzyjały wadliwe ustawy procesowe i wadliwsze jeszcze ich wykonanie; za życiem podążyć musiało także ustawodawstwo. Powstały w dalszym ciągu instytucje stałych sądów polubownych: dla spraw przemysłowych, ubezpieczeń, bractw, kas chorych i t. d. za przykładem Francji, która z początkiem XIX wieku pierwsza zaprowadziła stałe polubowne sądy przemysłowe.

Przy projektowaniu jednolitej procedury polskiej nasuwa się z konieczności pytanie, czy należy skodyfikować także rzecz o sądach polubownych, a następnie jakie przepisom tym wyznaczyć miejsce w systemie ustawodawstwa sądowego. Pytania te nie odnoszą się oczywiście do istniejących już stałych sądów polubownych jako instytucyj zawodowych i szczególnych, które w ramach powszechnej ustawy z natury rzeczy pomieszczenia znaleść nie mogą.

W obydwóch tych kierunkach istnieją poważne wątpliwości.

Przeciw sądom polubownym jako instytucji procesowej przemawiają poważne względy przedewszystkiem natury zasadniczej. Kompromis w tem pojęciu nie jest niczem innem, jak zrzeczeniem się normalnej drogi prawa (Laué — Gutachten über den Entwurf einer deutschen Civil-Process-Ordnung), która według fundamentalnych zasad prawa publicznego dla każdego stać musi otworem. Zarzuca ją tej instytucji nadto, że sędzia polubowny podług przeważnej części różnych systemów powoływania sądu polubownego nie jest sędzią we właściwem tego słowa znaczeniu, lecz tylko zastępcą strony, poza tem jest on laikiem w porównaniu do zawodowego sędziego a temsamem ma wszystkie wady z braku zawodowego wykształcenia i doświadczenia wynikające. Sąd polubowny nie odciąża także sądu państwowego, bo bez jego współdziałania obejść się nie może, a oprócz zaprzątania go rekwizycjami pociąga za sobą zamiast jednego, szereg nowych, jało-

wych, a skomplikowanych procesów: o ustanowienie i wykluczenie sędziego polubownego, uchylenie kompromisu, unieważnienie wyroku kompromisarskiego obok zarzutów natury formalnej, jak niewłaściwości sądu, de expectando arbitrio i t. p. Prywatnym sędziom niepodobna udzielać pomocy sądu państwowego, ani wyposażać ich mandatem prawa publicznego, wyrokom zaś przypisywać prawomocność lub wykonalność. Historja nowszych ustawodawstw wykazuje też pewną reakcję przeciw rozszerzaniu się instytucji sądu polubownego.

Obecne doświadczenie nie wydało najlepszego świadectwa dla tej instytucji. Dowodem tego liczne procesy, których źródłem jest nadużycie zaufania ze strony sądów polubownych, lub niezadowolenie z ich judykatury. Z tą samą ujemną, na doświadczeniu opartą opinją, spotkać się można wśród praktyków wszystkich dzielnic.

Mimo to wszystko ustawodawca liczyć się musi z faktycznym stanem rzeczy i istotnemi potrzebami życia.

Sądy polubowne jako instytucje procesowe istnieją we wszyst- dzielnicach Polski. Za wzorem francuskim wprowadziła ją procedura rosyjska w tyt. IV. jako dział drugi o postępowaniu pojednawczem. Procedura niemiecka mimo gwałtownych ataków (Noltemeier — Gutachten) rozszerzyła nawet w pewnym kierunku ramy sądownictwa polubownego w porównaniu do pierwowzoru francuskiego. Obowiązująca w Małopolsce ustawa austr. wykazuje w odniesieniu do dawnej procedury o tyle tylko pewne restrykcje, że zgodnie z § 365 Gal. proc. a wbrew Rezol. z 31/X, 1785 (489 Zb. u. s.) odjęła sądowi polubownemu prawo dozwalania egzekucji.

Zgodne ze sobą w zasadniczych kierunkach procedury niemiecka, austrjacka i węgierska różnią się od francuskiej i rosyjskiej głównie tem, że nie wymagają do ważności zapisu kompromisarskiego ustanowienia w nim sędziów polubownych i dopuszczają zapisy ogólne co do przyszłych sporów z pewnego stosunku prawnego wyniknąć mogących, nadając równocześnie sędziemu państwowemu dość szeroki mandat usuwania kolizji między stronami zapomocą własnej nominacji arbitra.

Z chwilą zaprowadzenia jednolitej procedury polskiej, a temsamem derogacji dotychczasowych ustaw dzielnicowych powstałaby luka, którą późniejsze ustawodawstwo musiałoby wypełnić. Takiej próżni pozostawić nie podobna przy kodyfikowaniu powszechnej ustawy.

Z drugiej strony nie można pominąć faktu, że mimo nienajlepszego doświadczenia społeczeństwo przyzwyczaiło się do kompromisów w aktach prawnych, zwłaszcza kontraktach spółki, dzierżawy, przy likwidacjach tytułów odszkodowawczych i t. p. Wprawdzie przy sprawniejszem funkcjonowaniu sądów — przynajmniej w Małopolsce po wpro-

wadzeniu obowiązującej obecnie ustawy procesowej — zauważyć można było bardzo widoczny zwrot w kierunku przeciwnym, ale obecna dezorganizacja wymiaru sprawiedliwości objawu tego na pewno nie podtrzyma. Dzisiaj więc i prawdopodobnie na długi jeszcze okres czasu, kiedy dzięki pulsującemu bardzo żywo i bardzo anormalnie obrotowi prywatno-prawnemu agenda sądowa wzrasta w odwrotnym stosunku do ilości i jakości funkcjonarjuszów, sąd polubowny staje w szeregu konieczności życiowych jako nieodzowne narzędzie wymiaru sprawiedliwości.

Pozostałoby zatem do rozważenia jeszcze drugie pytanie: gdzie zamieścić przepisy o sądzie polubownym: w kodeksie procedury cywilnej, w postępowaniu niespornem, czy też w osobnej ustawie?

Nie ulega wątpliwości, że postępowanie przed sądem polubownym może się mieścić tylko w ramach pojęcia procesu sensu largo; procesem we właściwem słowa tego znaczeniu podług prawa procesowego ono nie jest dla braku istotnych znamion. Nie należy ono jednak i do postępowania niespornego, skoro nie rozgrywa się przed właściwym sądem, a tem samem nie jest wogóle postępowaniem sądowem.

Z tego więc założenia wychodząc, trudno znaleść właściwe miejsce dla przepisów o sądach polubownych w systemie prawa procesowego lub postępowania niespornego. Jakkolwiek więc teoretycznie byłaby może dla nich najodpowiedniejszą osobna ustawa, to jednak praktyczne względy przemawiają za umieszczeniem ich w osobnym rozdziale procedury cywilnej. Przemawia za tem przedewszystkiem wzgląd na obowiązujące obecnie ustawy, które przepisy te obejmują, a potem bardzo ścisły związek z właściwym procesem (współdziałanie sądu w postępowaniu dowodowem, przepisy o właściwości, o uchyleniu i mianowaniu sędziów polubownych, spory o nieważność zapisu i wyroku polubownego i t. d.).

Z tych powodów oświadczam się za zamieszczeniem w procedurze cywilnej osobnego rozdziału o sądach polubownych.

Ad art. 1.

Przepis ten reguluje dwie kwestje: zakres kompetencji i skład sądu polubownego. Co do obydwóch różne rozwiązania wykazują obowiązujące ustawowawstwa.

Co do pierwszego pytania obowiązywać musi z istoty sądu polubownego wynikająca i powszechnie zresztą przyjęta zasada, że tylko te prawa mogą być przedmiotem kompromisu, któremi ich podmioty samoistnie i bez żadnego ograniczenia rozporządzać mogą (1003 franc.

8 włos., 1367 ros., 1025 niem., 577 austr., 767 węg.). W przeprowadzeniu tej zasady są jednak różnice.

Ustawa francuska, a za nią włoska i rosyjska przyjmują wprawdzie to samo kryterjum zasadnicze — nieograniczoną dyspozycję, ale równocześnie wymieniają pewne kategorje spraw wyjętych z pod kompetencji sądu polubownego. Ustawa francuska wyklucza niektóre legaty, sprawy małżeńskie, osobiste prawa stanu i wogóle wszystkie te spory, w których interweniuje prokurator państwa; ustawa rosyjska rozszerza znacznie zakres tych wyjątków. Ustawa austrjacka i niemiecka dopuszczają orzecznictwo polubowne ogólnie w tych sprawach, co do których strony mogą zawrzeć ugodę, co jest równoznaczne z kryterjum nieograniczonej dospozycji stron, przyjęte także w ustawie węg. (767) i włos. (8). Kryterjum to przedstawia dostateczną gwarancję dla zabezpieczenia interesu publicznego, którym strony rozporządzać nie mogą, obejmuje bowiem wszystkie te wyjątki, o których mówią cyt. przepisy, a nie przedstawia niebezpieczeństwa znamionującego zbyteczną kazuistykę.

Ustawa ros. wylicza w art. 1368 jeszcze cały szereg innych spraw natury społecznej opartych na szczególnych ustawach, atoli te ograniczenia gdzieindziej uregulowane nie należą do ogólnej ustawy procesowej, podobnie jak inne szczególne ustawy o stałych wzgl. przymusowych sądach polubownych.

Skład sądu polubownego różnie normują ustawodawstwa.

Procedura ros. dopuszcza jednego lub kilku arbitrów zawsze w liczbie nieparzystej, podobne ograniczenie zawiera ustawa włoska. Ponieważ zapis na sąd polubowny ma źródło w ugodzie stron i ich wolnej dyspozycji, uważać należy wszelkie ograniczenia w tym kierunku za sprzeczne z naturą tej instytucji. Ustawowe ograniczenia usprawiedliwić może jedynie tylko interes publiczny. Jeżeli z powodu niewłaściwego składu sąd polubowny nie będzie mógł uchwalić decyzji np. przy parzystej liczbie sędziów, to zapis polubowny straci moc prawną (775 ust. węg.), co ze stanowiska publicznego porządku prawnego będzie zupełnie obojętnem, bo nie leży w interesie publicznym w dziedzinie prawa dyspozytywnego wprowadzać sprzeczne z jego naturą ograniczenia tylko w tym celu, aby zapewnić skuteczność kompromisu. Ustawa francuska, niemiecka, austrjacka i węgierska słusznie też nie czynią żadnych w tym kierunku zastrzeżeń.

Ad art. 2.

Wszystkie ustawodawstwa przewidują formę pisemną jako warunek ważności zapisu kompromisarskiego (1005 franc., 11 włos. 767 węg., 577 austr.), a proc. rosyjska w art. 1374 wymaga nawet legalizacji. Jedynie tylko ustawa niemiecka (1027) przewiduje ważność ustnej umowy

o sąd polubowny jako pactum de compromittendo, na podstawie którego przysługiwało powództwo o zeznanie pisemnego kompromisu. Przepis ten jednak był tylko refleksem obowiązujących podówczas partykularnych ustaw cywilnych przewidujących takie pactum de contrahendo.

Pisemność jako warunek ważności kompromisu jest koniecznością nietylko ze względu na doniosłość tego aktu, ale także jako konsekwencja wykonalności wyroku polubownego, którego legitymacja musi być udokumentowaną pisemnym aktem jako źródłem mandatu sędziów polubownych.

Wątpliwości nasuwa wymienienie sędziów polubownych jako warunek ważności zapisu. Wymagają go ustawy typu francuskiego, natomiast ustawa niem., austr. i węg. nie uzależniają ważności zapisu kompromisarskiego od dopełnienia tego warunku.

Ustawy nie znające tego warunku normują cały system powoływania sędziów polubownych — częstokroć bardzo skomplikowany jak austr. w §§ 580 – 586 i węg. w §§ 768—772. Przepisy te mają charakter subsydjarny, gdyż zasadniczo wchodzi w zastosowanie przedewszystkiem procedura w zapisie kompromisarskim obmyślana. Według nich każda strona ma prawo mianować jednego sędziego, a w procedurze austr. sędziowie ci wybierają jeszcze superarbitra. Jeżeli strona wezwana przez drugą nie przedstawia w zakreślonym terminie swego sędziego, strona przeciwna ma prawo żądać nominacji przez sąd właściwy, który według niektórych ustaw powołany jest także do orzekania o wykluczeniu sędziego polubownego. Na tle tego postępowania powstają najrozmaitsze zawikłania częstokroć dłużej, niż sam proces trwająca.

Sąd polubowny ma tylko wówczas rację bytu, gdy upraszcza, lub przyspiesza realizację prawa; w przeciwnym razie staje się zawadą, a częstokroć także środkiem szykan. Spekulująca na zwłokę strona nie mianuje swego sędziego, przeciwnego wyklucza, a w sporach incydentalnych w jednym lub drugim kierunku stosuje obstrukcję z całym aparatem środków dowodowych, odroczeń, rekursów i t. p., gdy tymczasem drogę sądową zamyka ciągle ekscepcja de expectando arbitrio.

To wszystko odpada w znacznej mierze przy sądzie polubownym w zapisie z góry mianowanym. Sąd taki albo wyda wyrok w czasie przez strony lub ustawę oznaczonym, albo straci mandat otwierając drogę do właściwego sądu. Wyższa praktyczność konstrukcji francuskiej nie ulega więc wątpliwości. Atoli wątpliwość ta powstaje na nowo z chwilą, gdy przyjdzie pod rozwagę następująca dalsza kwestja.

Według procedury francuskiej i filiacji przedmiotem zapisu kompromisarskiego może być tylko konkretny istniejący już spór, gdy tymczasem procedura niem., austr. i węg. dopuszczają także przyszłe z jakiegoś stosunku prawnego powstać mogące spory, jako przedmiot zapisu na sąd polubowny. Zapisy takie pojawiają się dosyć często w kontraktach, w których moment wzajemnego zaufania odgrywa rolę, jak kontrakty spółki, dzierżawy, lub też w przypadkach, gdzie rozstrzygać ma opinja rzeczoznawców. Doświadczenie przemawia niewątpliwie za przyjęciem w tym kierunku wzoru niem. Zdarzyć się więc może, że ustanowienie sądu polubownego z góry dla sporów, które dopiero w przyszłości może po upływie lat powstać mogą, nastręczy pewne trudności. Z tego powodu też projekt nie wymaga koniecznie imienia i nazwiska sędziego polubownego, wystarczy bowiem takie oznaczenie któreby w przyszłości nie budziło wątpliwości. Jeżeli strony wymieniają np. każdorazowego prezesa Izby handlowej jako sędziego polubownego, to określenie takie już wystarczy według projektu do ważności zapisu; nie wystarczyłoby ono np. według art. 1371 proc. ros. Strony zresztą mogą w takich kontraktach przewidzieć różne ewentualności np. ustanowić z góry dalszych sędziów polubownych na wypadek, gdyby w pierwszym rzędzie powołani urzędu tego spełnić nie mogli.

Taki zapis kompromisarski przedstawia większe korzyści dla stron, niż zapis in bianco. Jeżeli strony w dalszym ciągu będą chciały zgodnie powierzyć spór sądowi polubownemu, to mogą to zawsze uczynić i w przypadkach zgody nie odegra roli rodzaj zapisu kompromisarskiego. Natomiast w przypadkach braku zgody może stać się zapis kompromisarski nie ustanawiający z góry sędziów poważną przeszkodą w dochodzeniu praw i to zazwyczaj dla strony lojalniejszej. Dla przeciwnej strony nie dopełniającej zobowiązań otwiera się pole do obstrukcji, wobec której najszczegółowsze postanowienie zapisu polubownego lub przepisy ustawy okażą się niedostateczne. Strona wezwana o wybór sędziego albo wezwaniu nie uczyni zadość, albo zamianuje takiego sędziego, którego strona przeciwna nie będzie mogła przyjąć. Ostatecznie strony udadzą się do właściwego sądu, przed którym rozpocznie się spór o osobę arbitra.

Zamiast jednego, prawidłowego procesu strony będą miały dwa nieprawidłowe: jeden przed sądem właściwym o osobę sędziego, drugi przed sądem polubownym o przedmiot sporu, a jak doświadczenie uczy potem i trzeci o unieważnienie wyroku polubownego.

Niepodobna tu zresztą pominąć uwagi, że fundamentem sądu polubownego jest zaufanie stron do sądu polubownego wzgl. strony do swego sędziego polubownego. O zaufaniu tem rozstrzygać może i po-

winna sama strona: zastępstwo przez osobę trzecią co do tej funkcji pomyśleć się nie da. Wynika stąd, że mianowanie sędziego polubownego przez sąd w miejsce samej strony sprzeciwia się naturze sądu polubownego. O przedmiotach sporu rozstrzyga sąd na podstawie ustawy i w świetle materjału dowodowego; dla rozstrzygnięcia o tem, do kogo strona ma mieć zaufanie, nie znajdzie sędzia podstawy ani w ustawie, ani w materjale dowodowym.

Sądzić może tylko ten, komu albo ustawa (właściwy sędzia) albo wola stron (arbiter) mandat ten porucza. Zastąpienie woli stron enuncjatem sądu jest fikcją sprzeciwiającą się nietylko nazwie, ale także i charakterowi sądu polubownego. Ponieważ przy dopuszczeniu zapisów polubownych in bianco nie podobna pominąć interwencji sądu, dlatego także i z tego powodu należy odrzucić ten typ kompromisu.

Ad art. 3 i 4.

Przedmiotem zapisów kompromisarskich mogą być tylko prawa, któremi strony dowolnie rozporządzają. W myśl tej zasady wolno stronom także dowolnie zmieniać osoby sędziów polubownych, byleby to się działo za obopólną zgodą.

Zachodzić mogą jednak przypadki, w których tylko jedna strona żąda zmiany, a druga się temu sprzeciwia. Z mocy sądu polubownego jako umowy dwustronnej wynika zasadniczo, że jednostronna zmiana jest niedopuszczalna. Tylko wyższe względy porządku prawnego uzasadniać mogą takie żądanie: sama wola strony tu nie wystarcza. Sędzia polubowny spełnia zastępczo funkcje sędziego publicznego i musi podlegać ustawowej kontroli co do tych gwarancyj, jakich ustawa wymaga od każdego sędziego. Przyczyny te różnie formułują obowiązujące ustawy. Najmniej właściwą w tym kierunku jest ustawa rosyjska, która w art. 1376 podaje jako przyczyny zmiany tylko powinowactwo powstałe po sporządzeniu zapisu ze stroną przeciwną, lub proces strony żądającej z arbitrem. Ustawa austr., niem. i węg. trzymają się zasady, według której sędziego polubownego można wyłączyć z tych samych przyczyn dla których dopuszczalne jest wyłączenie sędziego państwowego. Na tem stanowisku stanął także projekt wychodząc z założenia, że to są przepisy d'ordre public, jakkolwiek dotąd w projekcie pr. pol. jeszcze nie sformułowane.

Oczywiście mogą to być tylko takie przyczyny, których strona nie znała w chwili sporządzania zapisu, a więc takie, które dopiero później się ujawniły lub powstały.

Samo się przez się rozumie, że przepis ten musi być uzgodniony z odnośnemi postanowieniami o wyłączeniu resp. wykluczeniu sędziów.

Ponieważ wniosku takiego nikt inny rozstrzygnąć nie może, bo ani strony, ani sąd polubowny, dlatego należało przyjąć kompetencję właściwego sądu. Z pośród różnych zasad kompetencyjnych, któreby tutaj mogły w grę wchodzić (sąd siedziby sądu polub., zamieszkania jednej lub drugiej strony), przyjmuje projekt kompetencję sądu dla sporu właściwego jako kryterjum najpewniejsze.

Ingerencja sądu właściwego będzie tu wyjątkiem od zasady omówionej wyżej ad art. 2., pamiętać jednak należy, że w tym wypadku premissą jest orzeczenie o dopuszczalności wykluczenia.

Ad art. 5.

Kto nie ma zdolności do działań prawnych, nie ma tem samem kwalifikacji do sądzenia cudzych spraw. Ta sama racja, dla której małoletni i niewłasnowolni nie mają tej zdolności, przemawia za wyłączeniem ich od urzędu sędziego polubownego.

Warunek pisemności wynika już właściwie z postanowienia powszechnie przyjętego, że wyrok polubowny musi być podpisany przez wszystkich arbitrów; dla jasności dodano to postanowienie ze względu na spory, które na tem tle wykazuje judykatura.

Ad art. 6.

Niektóre ustawy zamieszczają postanowienie, że nikt nie ma obowiązku przyjmować urzędu sędziego polubownego (austr. 579, węg. 773). Postanowienie takie uważa projekt za zbyteczne, bo ofiarowanie i przyjęcię mandatu arbitra jest tylko prywatno-prawną umową, której zawarcie zależy tylko od woli stron.

Przez przyjęcie mandatu sędzia polubowny zaciąga zobowiązanie wobec obydwóch stron. W praktyce zdarza się bardzo często, że sędzia polubowny w porozumieniu ze stroną uchyla się od dopełnienia tego zobowiązania. Ustawa węg. właśnie z tego powodu przewiduje w § 773 możność nałożenia przez zwyczajny sąd kary pieniężnej na arbitra, który bez ważnej przyczyny uchyla się od wykonania przyjętego obowiązku. Tak daleko idący rygor jest jednak sprzeczny z istotą stosunku czysto prywatno prawnego i dlatego wystarcza obowiązek odszkodowania.

Ad art. 7.

Postanowienia te mają charakter subsydjarny, wchodzą więc w zastosowanie w braku innych norm w zapisie.

Określenie terminu i zgaśnięcie zapisu polubownego po bezskutecznym upływie terminu umownego lub ustawowego idzie za wzorem ustawy franc. (1007) i ros. (1586). Ze względu jednak, że projekt dopuszcza kompromisy także co do przyszłych sporów (art. 2), nalażało ze względu na ten rodzaj zapisu wprowadzić ograniczone umorzenie co do aktualnego, w terminie nie załatwionego sporu przy utrzymaniu

w mocy sądu polubownego dla dalszych ewentualności. Analogiczne postanowienie zawiera ustawa węg. (775).

Ad art. 8.

Poddając się orzecznictwu sądu polubownego strony dobrowolną umową wykluczającą ingerencję sądu dla samego sporu. Zapis na sąd polubowny uzasadnia zatem zarzut niedopuszczalności drogi sądowej wzgl. niewłaściwości sądu, inaczej nie miałby racji bytu. Przez zgaśnięcie mocy prawnej zapisu polubownego otwiera się droga właściwego sądu. Zasadę tę uznają ustawodawstwa, ale nie wszystkie ją formułują. Projekt zgodny jest z przepisem art. 1373 ust. ros.

Ad art. 9—13.

Postępowanie przed sądem polubownym odbywa się według postanowień przewidzianych w zapisie polubownym; zasadę tę przyjmuje projekt zgodnie z naturą sądu polubownego i obowiązującemi ustawami.

Nasuwa się pytanie, jakie normy obowiązywać mają w przypadkach, gdy zapis polubowny ich nie ustanawia. Dawne ustawy jak francuska (1009), dawna austr. i zach. gal. (272, 361) nakazywały w tym wypadku postępowanie według ustawy procesowej. Atoli taka zasada niezgodna z misją sądu polubownego i niepraktyczna nie mogła się utrzymać. Zarzuciła ją już procedura włoska (17), potem niemiecka (1034), austrjacka (587), węg. (776).

Projekt pozostawia w tym kierunku również zupełną swobodę sądowi polubownemu z tem tylko ograniczeniem, że sąd polubowny w każdym razie musi dać stronom możność przedstawienia sprawy. Prawo posłuchania równe dla obydwóch stron jest koniecznym postulatem każdego wymiaru sprawiedliwości i nie można prawa tego czynić zależnem od oceny sądu polubownego.

Akty procesowe należące do zakresu suwerenności sądu wykonywać może tylko sąd państwowy, do którego sąd polubowny zwróci się w razie potrzeby. Przy przeprowadzeniu tych czynności przysługiwać będą właściwemu sądowi te same uprawnienia, które wynikają z ussawy procesowej. Uprawnienia te wynikają z przepisów o postępowaniu i dlatego projekt o nich osobno nie wspomina, mimo, że czynią to niektóre ustawodawstwa (niem. 1036, austr. 589). W szczególności postanowienia te znaleść się powinny albo w rozdziale o pomocy prawnej, albo też w przepisach o dowodzie (vide referat Litauera w Polskiej Procedurze Cywilnej art. 14 i 20) — powtarzanie ich tutaj byłoby zbyteczną tautologją.

Projekt wprowadza tylko to ograniczenie w stosunku do ogólnych zasad postępowania, że sąd polubowny tylko na wniosek stron może się odnieść do właściwego sądu o wykonanie tych czynności. Racją

dla tego ograniczenia jest wzgląd na to, że strony częstokroć tylko dlatego zapisują się na sąd polubowny, aby wykluczyć rozprawę publiczną, lub nie powierzać tajemnic swoich interesów nieznanym sobie osobom. Jeżeli wnioski stron w tym kierunku będą sprzeczne, rozstrzygnie je sąd polubowny według swego przekonania.

Niektóre ustawy regulują także kwestję zastępstwa (węg. 776) atoli zbytecznie, gdyż w postępowaniu polubownem nie może być mowy o pełnomocnikach procesowych we właściwem tego słowa znaczeniu, wystarczą zatem przepisy prawa materjalnego o pełnomocnictwie.

Wobec przyjętej zasady postępowania bez przestrzegania formalności proceduralnych nie reguluje projekt sprawy przedkładania dokumentów, wyjaśnień stron, czasokresów, jak to czyni ustawa ros. w art. 1379—1383, powtarzając niepotrzebnie w szczegółach tosamo, co wypowiada jako zasadę w art. 1378.

Nieobowiązujące już dzisiaj w żadnej nowej ustawie reguły dowodowe muszą tembardziej w postępowaniu polubownem ustąpić miejsca zasadzie swobodnego przekonania, nie wyklucza to wszakże możliwości odmiennych postanowień w osnowie zapisu polubownego, gdyż i ta kwestja nie należy do zakresu norm iuris cogentis.

Wyrok zapada większością głosów, w razie równości głosów zapis polubowny upada, o ile innego wyjścia nie przewiduje. Aby takiej ewentualności zapobiec, dopuszczają niektóre ustawy (włoska, rosyjska) zespół sądu polubownego tylko w nieparzystej liczbie. Dlaczego projekt nie poszedł za tym wzorem, wyjaśniono w motywach ad 2).

Częściowe wygaśnięcie mandatu polubownego w przypadkach kompromisu dla przyszłych sporów jest analogją do przepisu art 7 c).

Ad art. 14—19.

Przepisy te odnoszą się do pisemnego wyroku. O ustnem ogłoszeniu wyroku projekt nie wspomina, wychodząc z założenia, że także i w tym kierunku obowiązuje zasada swobodnego postępowania sądu polubownego, który może się ograniczyć tylko do wydania wyroku pisemnego. Ustne ogłoszenie nie jest warunkiem ważności postępowania.

Do istotnych części pisemnego wyroku zalicza projekt także powody, któremi sąd polubowny się kierował przy wyrokowaniu — warunek wymagany nie przez wszystkie ustawodawstwa. Tylko wyrok umotywowany daje gwarancje, że sąd polubowny nie postąpił lekkomyślnie bez rozważania pro i contra i dlatego budzi większe zaufanie, niż gołosłowny enuncjat. Powody wyroku mają nadto doniosłe zna-

czenie także z innych względów. I tak posłużyć one mogą przedewszystkiem do ocenienia późniejszych zarzutów rei iudicatae względnie transactae, a w sporze o uchylenie wyroku polubownego będą miały pierwszorzędne znaczenie zwłaszcza, gdy powództwo o uchylenie wyroku polubownego opierać się będzie na okolicznościach uzasadniających wznowienie postępowania. Nowe fakta i dowody np. uzasadniać mogą wznowienie tylko wówczas, jeżeli z uwzględnienia ich wynikać będzie prawdopodobieństwo, że byłyby mogły wpłynąć na odmienną decyzję sądu. Aby ocenić doniosłość novorum lub innych przyczyn wznowienia ewent. nieważności, należy z konieczności zapoznać się z pobudkami, które formowały przekonanie sędziego.

Zachodzić jednak mogą szczególne okoliczności wśród których strony odczuwać będą potrzebę zwolnienia sądu polubownego od podawania motywów. Człowiek zaufania obydwóch stron jako sędzia polubowny byłby może w kolizji, gdyby miał motywować, dlaczego uwierzył zeznaniom jednej strony, a odmówił wiarygodności drugiej. Jeżeli strony w pewnym wypadku zwolnią sędziego od motywowania wyroku, to przyjmują na siebie całe ryzyko i niema powodu odmawiać ważności takiemu wyrokowi polubownemu. Z tych przyczyn projekt przyjął ten przepis jako dyspozytywny.

Podpisu sędziów polubownych na wyroku wymagają wszystkie ustawy. Warunek ten w praktyce jest częstokroć środkiem nadużyć. Sędzia polubowy z ramienia strony przegrywającej odmawia podpisu, aby uniemożliwić, lub przynajmniej opóźnić wykonalność wyroku. Aby temu zapobiec, projekt wprowada za wzorem art. 1391 ust. ros. takie remedium, że większość podpisów z podaniem przyczyny odmowy przez resztę uzasadnia moc prawną wyroku.

Procedura austr. nie przewiduje złożenia wyroku polubownego w sądzie; projekt poszedł w tym kierunku za ustawą franc., ros. i niem. Jeżeli oryginał wyroku i oryginał zapisu polubownego mają razem stanowić tytuł egzekucyjny, muszą być przechowane w sposób zapewniający bezpieczeństwo i równy dla obydwóch stron dostęp. Takiej gwarancji nie daje sąd polubowny, którego mandat gaśnie przez wydanie wyroku. Nadto tylko sąd może zezwolić na wykonanie wyroku, a uczynić to może tylko na podstawie oryginalnych aktów.

Ad art. 20—22.

Skarga o uchylenie wyroku polubownego pociąga za sobą zwykły tok postępowania, nie jest bowiem ani zwyczajnym, ani nadzwyczajnym środkiem odwołania.

Przyczyny uchylenia wyroku polubownego nie są o tyle wyczerpująco podane, że rozciągłość ich zależy od warunków wznowienia

postępowania, które jednak w chwili projektowania tych przepisów jeszcze nie były sfomułowane.

Ponieważ postanowienia art. 20. są w ścisłym związku z instytucją skargi o wznowienie resp. nieważności, dlatego ostateczna redakcja przyczyn uchylenia lub nieważności wyroku sądu polubownego możliwą będzie dopiero po sformułowaniu odnośnych przepisów.

Przepisy te mają charakter publiczny i dlatego wyjęto je z pod dyspozycji stron.

DODATEK I

PROTOKÓŁ

z posiedzeń Sekcji prawa cywilnego formalnego Komisji Kodyfikacyjnej w sprawie zasad postępowania procesowego.

Posiedzenie w Warszawie w dniu 15. maja 1920 roku.

Obecni: przewodniczący Prof. Fierich, członkowie: Allerhand, Cichowicz, Gołąb, Litauer, Mańkowski, Parczewski, Skąpski, Stefko i Trammer, a nadto z poza Sekcji Glass; jako reprezentant rządu szef Sekcji Władysław Müller.

Przewodniczący Prof. Fierich wskazuje na potrzebę omówienia zasadniczych kwestyj, dotyczących procesu cywilnego, w tym celu, aby po uzyskaniu zgody co do tych kwestyj można było przystąpić do wypracowania poszczególnych działów procedury cywilnej. Za tego rodzaju zasadnicze kwestje uważa:

1) Stosunek pisma do słowa, a w szczególności znaczenie pism przygotowawczych w strukturze procesu,

2) Jawność i tajność postępowania,

3) Zasadę śledczą względnie zasadę dyspozycji stron,

4) Swobodę oceny dowodów,

5) Kwestję przysięgi stron, względnie dowodu z przesłuchania stron,

6) Strukturę apelacji,

7) Kwestję czy ma wprowadzoną być rewizja, czy kasacja.

Obecni godzą się na stanowisko przewodniczącego, skutkiem czego przystąpiono do obrad merytorycznych w porządku przedstawionym przez przewodniczącego:

ad 1). Ref. Skąpski wychodzi ze założenia, że orzeczenie winno się opierać na postępowaniu ustnem, a więc na tem, co przy rozprawie strony przytoczą. Pismo przygotowawcze winno być dopuszczone w granicach koniecznych, przyczem przeciwko rozwielmożnieniu się pism

przygotowawczych proponuje środki przytoczone w referacie pisemnym na stronie 32 i 33.

Cichowicz przedstawia praktykę obecną w b. zaborze niemieckim i kładzie nacisk na konieczność pism przygotowawczych.

Allerhand uważa, że należy postawić jako naczelną zasadę ustność postępowania. W ustawie jednakże należy przewidzieć przypadki, w których sprawy można załatwić także bez ustnej rozprawy; mowca ma na myśli przedewszystkiem załatwienie zarzutów deklinatoryjnych. Pisma przygotowawcze winny mieć znaczenie tylko przygotowania rozprawy i nie powinny być obligatoryjne.

Fierich kładzie nacisk na słowo, wskazuje jednakże na potrzebę pism przygotowawczych dla awizowania materjału procesowego przed rozprawą.

Litauer rozróżnia przypadki, w których musi być wniesione pismo np. skarga, środek prawny, od przypadków, gdzie pismo wniesione być nie musi. W drugim przypadku winno być słowo i pismo zrównane. Sąd powinien uwzględnić nietylko to, co na rozprawie przytoczono ustnie, ale także i to, co zamieszczonem jest w piśmie wniesionem przed rozprawą. Zdaniem mowcy należałoby zasadę sformułować w ten sposób, »ustność jest zasadą procesu, obowiązek wnoszenia pism poza pewnemi wyjątkami nie istnieje i ustne wyjaśnienia, chociażby nie były zgłoszone na piśmie, muszą być wzięte za podstawę wyroku. Jednakże te wyjaśnienia, które w pismach zostały przytoczone, chociażby pismo nie było obowiązkowem, również winny być uwzględnione jako materjał przy wyrokowaniu«.

Parczewski podziela zapatrywanie Litauera i podnosi wyższość systemu francusko-polskiego ponad systemem niemieckim.

Mańkowski jest za ustnością i za ograniczeniem pism przygotowawczych, wskazuje jednakże na konieczność pism przygotowawczych. Doświadczenie poczynione przez mowcę w ostatnich czasach w Wielkopolsce popiera stanowisko mowcy.

Ref. Skąpski formułuje wniosek swój zgodnie ze stanowiskiem Fiericha.

W głosowaniu przyjęto w ten sposób sformułowany wniosek.

ad 2). Jawność postępowania.

Ref. Skąpski oświadcza się za przyjęciem zasady jawności zgodnie z referatem pisemnym na stronie 11 i n.

Stefko jest zdania, że jawność powinna obowiązywać także w postępowaniu przed sędzią wezwanym. Co się tyczy środka prawnego przeciw uchwale w sprawie uchylenia jawności, to nie należy wykluczyć wogóle środka prawnego, wystarczy zastrzeżenie, że przeciw uchwale niema osobnego środka prawnego.

Allerhand uważa za potrzebne zaznaczenie w ustawie, że na zgodny wniosek stron sąd nie musi wykluczyć jawności.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta ogólną zasadę.

ad 3). Ref. Skąpski wnosi na przyjęcie zasady wyrażonej w jego pisemnym referacie pod b) 5) 6) i 7), wedle której przewodniczący ma materjalne kierownictwo sprawy i wedle której sąd może w razie potrzeby dopuścić i takie dowody, których strony nie ofiarowały. Wnosi przeto na przyjęcie zasady śledczej w granicach tu podanych.

Stefko wychodzi ze założenia, że przewodniczącemu winno być zapewnione materjalne kierownictwo procesu, to jednakże już wystarcza; dochodzenia śledcze są zbyt uciążliwe dla sędziego i z obowiązku takiego śledczego przewodniczący się nie wywiąże jak wogóle sąd. Strony mogą być obowiązane do lojalnego prowadzenia procesu, nie utrudniania sprawy, ale nie mogą być obowiązane do podania prawdy materjalnej ani nawet do podania prawdy subjektywnej. Strony muszą mieć prawo sprzeciwiania się pewnym dowodom. Mowca oświadcza się przeto za przyjęciem zasady śledczej tylko w granicach procedury austrjackiej.

Gołąb występuje przeciw zasadzie śledczej w tak ostrej formie, jak ją proponuje referent. Odróżnienie prawdy materjalnej od formalnej jest nieścisłe, gdyż chodzi tylko o prawdę subjektywną, którą przyjąć można jedynie w następującem zrozumieniu. Prawdą objektywną jest to, na co się godzą wszyscy stojący na równym stopniu kultury prawnej. Czy dojście do takiej prawdy łatwem jest w procesie cywilnym — o tem uczą doświadczenia praktyczne. Zasada śledcza narusza też naczelną zasadę prawa prywatnego t. j. zasadę autonomji stron, kolidując nieraz z ich prywatnemi interesami. Co się tyczy wreszcie obowiązku stron mówienia prawdy, pamiętać trzeba, że kłamstwo jest świadomem, wbrew przekonaniu przedstawieniem stanu rzeczy, gdy tymczasem oświadczenia stron są częstokroć wynikiem nieporozumienia lub polegają na czysto subjektywnym objęciu rzeczy.

Allerhand wywodzi: co się tyczy faktów, to sędzia może żądać nietylko wyjaśnień od stron ale także może sam zbadać fakta; niema tu żadnej sprzeczności z prawem prywatnem. Tu więc wskazaną jest całkowita zasada śledcza. Co się tyczy środków dowodowych, to sędzia winien korzystać ze wszystkich środków dowodowych nietylko z tych, które strony przedłożyły. Dlatego też umowa dowodowa winna być niedopuszczalną. Co się tyczy zasady oświadczenia, to należy ją z urzędu zbadać, choćby strony na nią się nie powoływały. Co się tyczy tytułu żądania, to należałoby tytuł z urzędu uwzględnić.

Co się tyczy obowiązku mówienia prawdy przez strony, to obowiązkiem strony jest przy wykryciu prawdy się nawzajem popierać i dlatego należy kłamstwo wyrzucić. Ogółem mowca popiera stanowisko referenta.

Parczewski powołując się na swoją długoletnią praktykę oświadcza się przeciw przyjęciu zasady śledczej. Zasada taka musi często wywołać niespodzianki dla stron w procesie.

Litauer jest zdania, że sędziemu należy udzielić w zasadzie szerokie pełnomocnictwa przy prowadzeniu procesu.

Glass jest za zasadą śledczą zgodnie z wnioskiem referenta.

Fierich zgodnie ze swoim stanowiskiem, zajętym na posiedzeniu subkomitetu w Krakowie w roku 1918 kładzie nacisk, że sędzia nie może być tylko biernym widzem działania stron, lecz w badaniu stanu sprawy winien brać wybitny współudział, oświadcza się skutkiem tego za przyjęciem zasady śledczej w granicach procedury austrjackiej. Skutkiem tego zdaniem mowcy na stronach ciąży obowiązek gromadzenia materjalu dowodowego, wszelako w tej czynności winien sędzia wydatnie samoistnie współdziałać.

W głosowaniu przyjęto naostatku podaną zasadę sformułowaną przez Fiericha.

Posiedzenie w dniu 16 maja 1920 roku.

Obecni, jak poprzednio.

ad 4). Swoboda oceny dowodów.

Ref. Allerhand oświadcza się za przyjęciem zasady swobodnej oceny w wyniku dowodów. Mimo to zasada ta dopuszcza pewnych wyjątków np. przy ocenieniu siły dowodowęj dokumentów publicznych i t. d.; muszą być przeto poczynione wyjątki także we formie czy to pozytywnej czy to negatywnej reguły dowodowej.

Z kwestją tą łączy się kwestja przyznania sądowego. Otóż jeżeli przyznanie sądowe sprzeczne jest z wynikami dowodów, natenczas sędzia nie może być związany przyznaniem strony. Nadto sędzia nie może być związany przyznaniem strony wówczas, gdy przyznanie pozostaje w sprzeczności z wynikami całej rozprawy.

Stefko co do zasady zgadza się z referentem. Wszelako o ile chodzi o przyznanie, to przyznanie powinno mieć znaczenie wiążące dla sądu, domaga się tego choćby potrzeba szybkości procesu.

Cichowicz przystępuje do zdania Stefki.

Parczewski jest przeciwny kontrolowaniu przyznania stron, gdyż to równa się zbyt daleko posuniętej zasadzie śledczej.

Uchwalono ogólną zasadę, wedle której w procesie ma być przy-

jętą zasada swobodnej oceny wyniku dowodów z tem, że sędzia oceniając wyniku rozprawy ma także prawo badania przyznania stron.

ad 5). Kwestja przysięgi stron względnie dowodu z przesłuchania stron.

Ref. Allerhand wskazuje na potrzebę dowodu subsydjarnego. Jako taki dowód może wejść w rachubę albo przysięga sformułowana stron albo dowód z przesłuchania stron. Ref. oświadcza się za drugim dowodem wedle systemu austrjackiego. Wobec notoryjności argumentów za tym dowodem referent szczegółów nie wywodzi.

Fierich przedstawia stan ustawodawstwa co do przysięgi względnie przesłuchania stron w poszczególnych dzielnicach Polski, nadto powołuje się w całej rozciągłości na uchwały subkomitetu krakowskiego z roku 1918 oraz na dyskusję w tymże Komitecie, wyrażoną w »Polskiej Procedurze Cywilnej« na stron. 54 do 56«.

Parczewski oświadcza się za przysięgą sformułowaną tak, jak ona dzisiaj obowiązuje w Niemczech. Przysięga ta ma znaczenie z uwagi na jej wartość religijną.

Glass oświadcza się za stanowiskiem referenta. W odpowiedzi na uwagi Parczewskiego podnosi, że wedle systemu austrjackiego przyjęta przysięga nie traci znaczenia religijnego.

Litauer przystępuje do zdania referenta, przyjmuje przeto koncepcję austrjacką.

Cichowicz i Drwęcki wskazują na trudności we formułowaniu roty przysięgi wedle systemu niemieckiego.

Stefko oświadcza się za przesłuchaniem stron, wszelako przesłuchanie stron wedle systemu austrjackiego wymaga pewnych poprawek.

Skąpski oświadcza się za systemem austrjackim, wskazuje jednakże na potrzebę częstszego formułowania roty przysięgi w granicach systemu austrjackiego

Fierich podkreśla wyższość przesłuchania stron nad przysięgą formułowaną, gdyż tylko pierwsze może być przedmiotem swobodnej oceny sędziowskiej, drugie zaś stanowi regułę dowodową.

W głosowaniu uchwalono: Należy wprowadzić subsydjarny środek dowodowy, środkiem tym ma być dowód z przesłuchania stron.

ad 6). Struktura apelacji.

Ref. Dziurzyński wywodzi: Nasuwa się pytanie, czy wprowadzić system, mocą którego w postępowaniu apelacyjnem w dalszym ciągu bada się roszczenie (system niemiecki) czy system wedle którego sąd II. instancji rozpatruje sprawę tylko ze stanowiska materjału procesowego sądu I. instancji (system austrjacki).

W ustawach przeważa system pierwszy. Za systemem tym prze-

mawia w pierwszym rzędzie okoliczność, że więcej przyczynia się wykrycia prawdy materjalnej w procesie, że dalej strona często dopiero po wyroku w sądzie I. instancji orjentuje się w sprawie, skutkiem czego należy jej jeszcze dać możność wprowadzenia materjału w postępowaniu apelacyjnem. Doświadczenie uczy, że w procesach, które się toczą przy systemie drugim t. j. systemie austrjackim, w znacznej bardzo ilości przypadków następuje względnie zachodzi potrzeba uzupełnienia procesowego materjału w sądzie II. drugiej instancji. Zarzuty podnoszone przeciwko pierwszemu systemowi (spowodowanie wyższych kosztów postępowania, uważanie postęppowania pierwszej instancji jedynie za próbę) nie trafiają w istotę rzeczy i można je sparaliżować zapomocą innych postanowień np. zapomocą odpowiedniego postanowienia co do kosztów postępowania II. instancji itd. Referent oświadcza się przeto za wprowadzeniem pełnej apelacji.

Fierich przedstawia w sposób historyczny apelacyjne postępowanie w poszczególnych ustawodawstwach obowiązujących na terytorjum Polski.

Allerhand zwalcza stanowisko referenta i oświadcza się za przyjęciem systemu austrjackiego, nie dopuszczającego nowości w postępowaniu apelacyjnem. Postępowanie apelacyjne austrjackie jest zupełnie wystarczającem, gdyż w razie błędu sędziego zachodzi możność zniesienia wyroku z poleceniem uzupełnienia rozprawy albo możność ponowienia dowodów w postępowaniu apelacyjnem.

Drwęcki jest zdania, że przeciwko uchwale dowodowej, która zawiera pewne zapatrywanie prawne, należałoby już dopuścić środek prawny. Skutkiem tego postępowania okazałoby się, że wedle zapatrywania sądu apelacyjnego dowody pewne są niepotrzebne, co zapobiegłoby wprowadzeniu nowości w apelacyjnem postępowaniu.

Trammer oświadcza się za wprowadzeniem pełnej apelacji a więc za dopuszczeniem nowości w postępowaniu apelacyjnem. Aby nowości tych w postępowaniu apelacyjnem nie wprowadzano lekkomyślnie t. j. z pominięciem ich w sądzie I. instancji, należy wprowadzić pewne ograniczenia. Ograniczenia te miałyby na celu wykluczenie nowości tam, gdzie z uwagi na sytuację w sądzie I. instancji, strona mogłaby i powinna była materjał procesowy nowy wprowadzić. Co się tyczy doświadczeń poczynionych wedle procedury austrjackiej, to wielokrotnie zdarza się, że sąd II. instancji tylko w tym celu znosi wyrok sądu I. instancji albo w tym celu ponawia dowody w sądzie apelacyjnym, przeprowadzając rozprawę wedle przepisów w postępowaniu w sądzie I. instancji, aby umożliwić stronie wprowadzenie jeszcze nowego materjału procesowego. W b. zaborze austrjackim istnieje pewne postępowanie, które dopuszcza pełnej apelacji a mianowicie postępo-

wanie przed sądami przemysłowemi. Postępowanie to nie prowadzi do ponowienia wszystkich dowodów w postępowaniu apelacyjnem, gdyż apelacyjne sądy tylko wtedy ponawiają dowody, gdy zachodzi podejrzenie, że ustalenia sądu I. instancji nie są trafne. Wszystkie te okoliczności przemawiają za wprowadzeniem pełnej apelacji.

Glass oświadcza się za pełną apelacją.

Mańkowski przystępuje do zdania Allerhanda. Pełna apelacja, jak uczy doświadczenie w Wielkopolsce, prowadzi do tego, że sąd apelacyjny częściej niż sąd I. instancji przeprowadza dowody w drodze rekwizycji, skutkiem czego pełna apelacja jest szkodliwą ze stanowiska bezpośredniości. Z drugiej strony jednakże mowca godzi się na to, by surowość przepisu procedury austrjackiej co do nowości w postępowaniu apelacyjnem uległa złagodzeniu w szczególności tam, gdzie strona nie zawiniła spóźnienia wprowadzenia materjału procesowego.

Parczewski jest za pełną apelacją zwłaszcza tam, gdzie niema przymusu adwokackiego w sądzie I. instancji. Strona nie zastąpiona przez adwokata często dopiero po wyroku I. instancji zaczyna się orjentować w sprawie i musi mieć możność wprowadzenia nowości, by odeprzeć stanowisko sądu I. instancji, który oparł wyrok nie na pełnym materjale faktycznym. Nowości w postępowaniu apelacyjnem nanależy także wprowadzić często z tego powodu, że sąd I. instancji prowadził sprawę w kierunku niewłaściwym.

Stefko oświadcza się za pełną apelacją, gdyż nietylko sąd ale i strony mogą się mylić. Wadliwości wytknięte przez Mańkowskiego nie są wadliwościami ustawowemi, lecz wadliwością wykonania ustawy dobrej. Godzi się z zapatrywaniem Trammera, by prawo nowości w postępowaniu apelacyjnem w pewnych wypadkach ograniczyć.

Cichowicz oświadcza się zgodnie z wnioskiem referenta.

Litauer jest za pełną apelacją z ograniczeniami wedle wywodów Trammera i Stefki.

W głosowaniu oświadczono się w zasadzie za pełną apelacją.

ad 7). Rewizja czy kasacja?

Ref. Dziurzyski przedstawia rewizję w ustawodawstwie austrjackiem i niemieckiem i kasację w ustawodawstwie francusko-polskiem i oświadcza się za kasacją wszelako z tą zmianą, że sąd kasacyjny w tych przypadkach, w których uwzględni kasację a sprawa nada się do orzeczenia merytorycznego, wydać winien orzeczenie w rzeczy samej.

Drwęcki oświadcza się za kasacją. Opiera to swoje zdanie na doświadczeniu poczynionem z judykaturą sądu Rzeszy w Lipsku, który to sąd często w drodze sofistycznych wywodów starał się dostosować zapatrywanie prawne do stanu faktycznego, który niezupełnie odpo-

wiadał rzeczywistości. Zdaniem mowcy powodem tego była okoliczność, że sąd Rzeszy nie chciał znieść wyroku, jakby to uczynił przy kasacji, skoro w Niemczech znaną jest tylko rewizja.

Stefko oświadcza się za rewizją, powołuje się na doświadczenie poczynione w Austrji oraz na okoliczność, że zniesienie wyroku przez Sąd Najwyższej Instancji wtedy, gdy jest możliwem wydanie wyroku w rzeczy samej jest tylko przedłużeniem postępowania.

Posiedzenie z dnia 17 maja 1920 roku

Obecni jak poprzednio oraz Prądzyński i Nowodworski.

Trammer w dalszym ciągu dyskusji w sprawie rewizji względnie kasacji oświadcza się za rewizją. Zasadnicza różnica między rewizją a kasacją w praktyce polega na tem, że przy kasacji Sąd Najwyższy znosi wyrok II. instancji wtedy także, gdy sprawa pod względem faktycznym jest dojrzalą do orzeczenia, jeżeli jest odmiennego zdania pod względem prawnym, aniżeli Sąd II. instancji, podczas gdy przy rewizji w przypadku takim Sąd Najwyższy odrazu zmienia wyrok sądu II. instancji i nie odsyła sprawy do sądu niższej instancji. Wyższość rewizji w przypadkach takich polega na tem, że nie powoduje dalszych kosztów postępowania i szybciej prowadzi do zakończenia sprawy tembardziej, że po zwróceniu sprawy do sądu niższej instancji ten sąd powinienby być związany zapatrywaniem prawnem sądu III. instancji. Praktyczne względy przemawiają zatem za rewizją. Obawy Prądzyńskiego podyktowane postępowaniem Sądu Rzeszy są nieuzasadnione, gdyż objaw przez Prądzyńskiego przytoczony może być wynikiem tylko praktyki a nie samej ustawy.

Glass oświadcza się za czystą kasacją. Jest zwolennikiem dwóch instancyj, ponad dwiema instancjami ma być sąd kasacyjny stróżem jednolitości judykatury. W Królestwie Kongresowem t. j. w b. zaborze rosyjskiem kasacja okazała się dobrą.

Cichowicz jest zwolennikiem trzech instancyj i oświadcza się za rewizją, przystępując do wywodu Trammera.

. Litauer przedstawia historję środków prawnych do trzeciej instancji w Polsce i oświadcza się za kasacją, której prostolinijność zaleca. Przyznaje, że są przypadki, w których zasada kasacji nie powinna być ściśle przeprowadzona; mowca ma na myśli te przypadki, w których sprawa nie wymaga merytorycznego rozpatrzenia, lecz pod względem formalnym t. j. procesowym nadaje się do całkowitego załatwienia.

Allerhand wywodzi, że Najwyższa Instancja winna zbadać, czy w orzeczeniu sądów pierwszej i drugiej instancji nastąpił błąd

sądu, czy też nie. Jeżeli dojdzie do przekonania, że błąd nastąpił, natenczas powinien Sąd Najwyższej Instancji sam wydać orzeczenie, nie odsyłając sprawy do Sądu niższej instancji. O ile stan faktyczny nie jest na tyle ustalony, iżby orzeczenie w rzeczy samej wydanem być mogło — orzeczenie zmieniające decyzję drugiej instancji, natenczas z konieczności Sąd Najwyższy zniesie orzeczenie drugiej instancji i poleci Sądowi apelacyjnemu ustalenie stanu faktycznego i wydanie nowej decyzji; przy tej nowej decyzji sąd apelacyjny związany będzie zapatrywaniem sądu kasacyjnego. W ten sposób nietylko w sprawach, w których rozchodzi się o formalne załatwienie sporu — o których to przypadkach wspomina Litauer, ale także w przypadkach, w których chodzi o merytoryczne załatwienie sprawy, winien Sąd Najwyższy wydać decyzję w rzeczy samej, decyzję zmieniającą decyzję drugiej instancji. Mowca zaznacza, że także we Francji, gdzie istnieje czysta kasacja, odzywają się głosy za wprowadzeniem rewizji. O wyższości rewizji nad kasacją świadczy dalej okoliczność, że w Austrji, gdzie Trybunał administracyjny pełnił funkcje kasacyjne odzywały się głosy, by tenże trybunał mógł wystąpić jako instancja rewizyjna.

Skąpski oświadcza się za rewizją. Rewizja winna być jednakże dopuszczalną tylko w granicach mylnego zastosowania przepisów prawa materjalnego.

Fierich podnosi, że różnica między rewizją a kasacją nie jest zasadnicza. Za kasacją przemawia prostolinijność, za rewizją wzgląd praktyczny. Dla wymiaru sprawiedliwości jako takiego niema różnicy między kasacją a rewizją zwłaszcza, jeżeli zwolennicy kasacji czynią ustępstwa od ścisłej kasacji tam, gdzie rozchodzi się o załatwienie sprawy pod względem procesowym w sądzie kasacyjnym.

Posiedzenie z dnia 20 maja 1920 r.

Obecni jak poprzednio i Kuratowski.

Litauer w obronie kasacji przytacza w dalszym ciągu dwa momenta. Przedewszystkiem, zdaniem mowcy, kasacja ma tę wyższość nad rewizją, że Sąd kasacyjny decydując o uwzględnieniu pisma kasacyjnego abstrakcyjnie kwestję rozstrzyga, ma więc sąd niezamącony szczegółami danej sprawy. Powtóre za wprowadzeniem kasacji przemawia obecnie jeszcze ten dalszy moment, że uchwaloną została zasada, wedle której ma być wprowadzoną do procedury polskiej pełna apelacja. Przy pełnej apelacji jest właściwsze wprowadzenie kasacji, aniżeli rewizji.

Trammer w odpowiedzi na wywody Litauera podnosi, że tak przy kasacji, jak przy rewizji Sąd Najwyższy, załatwiając środek prawny, ma przed sobą całość materjału, a więc cały stan faktyczny

przedłożonej sprawy. Skutkiem tego tak przy rozpatrywaniu jednego jak i drugiego środka prawnego liczy się ze stanem faktycznym towarzyszącym danej sprawie, nie odpowiada natomiast sąd na jakieś teoretyczne pytanie mu postawione. Okoliczność, że uchwalono zasadę pełnej apelacji dla procedury polskiej, przemawia właśnie za rewizją a nie za kasacją; z powodu możności wprowadzenia nowego materjału w sądzie apelacyjnym sprawa dokładnie wyświetloną zostanie pod względem faktycznym tak, że powiększy się liczba tych przypadków, w których Sąd najwyższy, odstępując od zapatrywania prawnego Sądu apelacyjnego, będzie mógł odrazu zmienić decyzję apelacyjną a nie będzie musiał się uciekać do zniesienia decyzji apelacyjnej z powodu niedokładnie ustalonego stanu faktycznego. Wprowadzenie kasacji przy pełnej apelacji byłoby tylko niesłuszną przewłoką postępowania.

Nowodworski wnosi na przyjęcie zasady: »Sąd Najwyższy uchylając orzeczenie, zwraca sprawę sądowi drugiej instancji celem ponownego rozpoznania z wyjątkiem przypadków, w których bezpośrednim skutkiem uchylenia poprzedniego orzeczenia winno być umorzenie sprawy lub umorzenie postępowania w danej instancji. W ostatnich przypadkach Sąd Najwyższy, uwzględniając skargę kasacyjną, jednocześnie sam postanawia o całkowitem lub częściowem umorzeniu sprawy«.

Stefko w odpowiedzi na wywody Litauera podnosi jeszcze, że przyjęcie kasacji i możność wniesienia nowego materjału procesowego po uwzględnieniu kasacji wpłynie tylko na niedokładność postępowania w pierwszej i drugiej instancji, strona bowiem zawsze liczyć się będzie z możnością wprowadzenia nowego materjału po uwzględnieniu kasacji.

Glass obstaje przy kasacji w granicach swojego poprzedniego przemówienia i formułuje tem swój wniosek jak następuje: Sąd kasacyjny wyrokuje bez odesłania sprawy do drugiej instancji, gdy sprawa nie wymaga już rozpoznania merytorycznego; w ten sposób mowca w rzeczywistości przystępuje do zdania Nowodworskiego. Uważa mowca za naturalne, iż zapatrywanie Sądu kasacyjnego wiązać będzie Sąd apelacyjny.

Ref. Dziurzyński reasumując wyniki dyskusji wnosi by powzięto decyzję następującą:

Sąd trzeciej instancji rozstrzyga sprawę zawsze wówczas, gdy stan faktyczny na to pozwala, nie odsyłając takich spraw do sądu niższej instancji, jeżeli nie podziela zapatrywania prawnego sądów niższych instancyj.

W głosowaniu ten wniosek ostatni przyjęto.

Wobec wyczerpania porządku dziennego pod względem merytorycznym przystąpiono do kwestji utworzenia komitetów, mających za obowiązek przygotowanie poszczególnych działów całej procedury cywilnej.

Potrzebę utworzenia tego rodzaju komitetów uzasadnia przewodniczący a do zapatrywania jego przystąpili Stefko, Bukowiecki, Cichowicz i Drwęcki; Bukowiecki zwraca uwagę, by komitety utworzono w ten sposób, aby ich działalność nie miała piętna dzielnicowego; Drwęcki wskazuje na potrzebę ustanowienia referenta w każdym komitecie.

W głosowaniu postanowiono utworzyć tego rodzaju komitety i to oprócz komitetu mieszanego dla ustroju sądownictw złożonego z członków Sekcji prawa cywilnego formalnego i członków Sekcji prawa karnego, dalsze trzy komitety, z których jeden miałby siedzibę w Warszawie, drugi w Krakowie, trzeci w Poznaniu. Siedziba nie przesądza jednakże faktowi, w jakiej miejscowości posiedzenia poszczególnych komitetów się odbywać będą.

Co się tyczy składu komitetów, postanowiono, co nasłępuje:

1) Komitet dla ustroju sądownictwa będzie miał siedzibę w Warszawie pod przewodnictwem Bukowieckiego. Do komitetu deleguje Sekcja prawa cywilnego formalnego pp. Stefkę, Glassa i Drwęckiego.

2) Komitet mający za zadanie wygotowania części ustawy o miejscowej właściwości sądów i strukturę procesu cywilnego do wyroku z wyłączeniem postępowania dowodowego z siedzibą w Krakowie. Do komitetu tego pod przewodnictwem Prez. Fiericha należeć mają członkowie Sekcji prawa cywilnego i formalnego zamieszkali w Krakowie, oraz Prof. Allerhand ze Lwowa, Litauer i Drwęcki.

3) Komitet mający za zadanie wygotowanie części procedury o postępowaniu dowodowem z siedzibą w Warszawie pod przewodnictwem p. Litauera. Do komitetu tego mają należeć członkowie Sekcji prawa cywilnego zamieszkali w Warszawie oraz Allerhand i Drwęcki.

4) Komitet mający za zadanie wygotowanie części procedury o orzeczeniach sądowych i środkach prawnych z siedzibą w Poznaniu, do którego oprócz członków Sekcji mających siedzibę w Poznaniu ma należeć Parczewski.

Trammer m. p. Fierich m. p.

DODATEK II

L. 212/22 prez.

PROTOKÓŁ

z posiedzeń Sekcji prawa cywilnego formalnego, odbytych w Krakowie w dniach 24. kwietnia 1922 r. i n. w sprawie Polskiej procedury cywilnej.

Posiedzenie dnia 24 kwietnia 1922.

Obecni: Prof. Dr. Fierich jako przewodniczący, dalej członkowie Sekcji: Prof. Allerhand, Prof. Dziurzyński, Prof. Gołąb, Dr. Mańkowski, Litauer, Dr. Skąpski, Prof. Stefko, Dr. Trammer. Usprawiedliwili swoją nieobecność członkowie Kuratowski i Cichowicz.

Przewodniczący Prez. Fierich zagaja zebranie i przedstawia, że celem obrad, które się dzisiaj rozpoczynają, jest omówienie referatów objętych pierwszym tomem »POLSKIEJ PROCEDURY CYWILNEJ« i powzięcie następne uchwał, które będą wskazówkami dla redaktorów polskiej procedury cywilnej. Wobec olbrzymiego materjału należałoby obrady uprościć w ten sposób, by każdy z referentów wybrał z działu swego te kwestje, które uważa za istotne a wątpliwe i by nad temi kwestjami toczyły się obrady i zapadły uchwały. Nie przeszkadza to poruszeniu przez innych członków dalszych kwestji, które się nasuną im jako wątpliwe. Przewodniczący zapytuje, czy obecni na tę formę postępowania się godzą. Wszyscy obecni propozycję przyjęli, skutkiem czego przystąpiono do obrad merytorycznych nad poszczególnemi referatami w tym porządku, w jakim referaty te zamieszczone są w pierwszym tomie Polskiej Procedury cywilnej.

I.

Miejscowa właściwość sądowa.

Ref. Dr. Trammer wnosi, by w kwestji, czy sąd powszechny oprzeć na zamieszkaniu, czy też na pobycie

pozwanego, przyjąć pierwszą alternatywę, przyczem proponuje brzmienie odnośnego przepisu wedle art. 2. projektu. Uzasadnia ten wniosek, jak w motywach do swego projektu na stronie 8. Mowca uważa, że pierwszeństwo przyznać należy pojęciu zamieszkania przed pojęciem pobytu, o ile chodzi o uzasadnienie forum generale. Pod zamieszkaniem rozumie się i tak to miejsce, w którem ktoś przebywa, z góry jednakże daje się tu wyraz faktowi, że to miejsce pobytu obrane jest przez odnośną osobę jako miejsce trwałego pobytu. Na ostatni moment wskazuje czynnik osobisty t. j. zamiar, który się może objawić w rozmaitej formie i z którego wnosić można na trwały pobyt pewnej osoby już w pierwszych początkach jej pobytu w pewnej miejscowości. Bez pojęcia zamieszkania trudno oprzeć sąd powszechny na samym fakcie pobytu, co wynika nawet z samego koreferatu prof. Allerhanda, który jako znamię stałego pobytu przyjmuje właśnie zamieszkanie w pierwszym rzędzie.

Prof. Allerhand proponuje, by sąd powszechny oznaczono wedle stałego miejsca pobytu. Jest to znamię łatwe do ujęcia i do określenia i odpowiada ono tendencji ustawodawstw do zastąpienia zamieszkania pojęciem pobytu. Zdaniem mowcy łatwiej jest ująć fakt pobytu, aniżeli fakt zamieszkania. Potrzeba oparcia sądu powszechnego na miejscu pobytu ujawniła się dosadnie podczas ostatniej wojny, podczas której tak wiele osób musiało opuścić miejsce swego zamieszkania i przez dłuższy czas przebywać w innej miejscowości. Forum generale w miejscu pobytu tych osób było i jest podyktowane interesem wierzycieli.

Prof. Gołąb popiera wniosek Trammera, podając, że sformułowanie referenta odpowiada dzisiejszemu stanowi nauki o t. zw. działaniach prawnych sensu stricto t. j. działaniach nie należących ani do czynności (aktów) prawnych ani do działań bezprawnych, a mimo to wywołujących skutki prawne — ex lege. Wśród nich odróżnić trzeba grupę działań psychofizycznych jak np. »stałe zamieszkanie«, czyli osiedlenie się w pewnej miejscowości w zamiarze stałego tam pobytu. W takich działaniach nie musi nastąpić oświadczenie postanowienia osoby działającej, gdyż jej postanowienie da się wywnioskować z jej zachowania się fizycznego, jakiem jest w danym przypadku osiedlenie się w pewnej miejscowości. Ale nie można tego zachowania się odrywać od postanowienia (»zamiaru«) osoby działającej, którego jest następstwem. Chodzi tu bowiem o zachowanie się fizyczne tej osoby właśnie w myśl jej postanowienia. Nietrafną jest tedy uwaga koreferenta, że jej zamiar nie przejawia się na zewnątrz. Referent w art. 3. zdanie 1. projektu daje słuszny wyraz zasadzie subjektywności »miejsca pobytu«. Stylizacja koreferenta w art. 2. ustęp 2. jego koreferatu nie obejmuje

przypadków, o które mu chodzi; w szczególności nie podpada tu »pobyt« uchodźcy, który przecież w miejscu, dokąd uszedł przed nieprzyjacielem, nie jest stałym.

Prof. Dziurzyński przyłącza się do wywodów i wniosków prof. Allerhanda, zaś Litauer do wniosku i wywodów Dra Trammera, nadmieniając, że stanowisko Trammera pokrywa się wbrew jego uwadze na stronie 8-mej ze stanem prawnym procedury rosyjskiej w zupełności.

Uchwalono sześcioma głosami przeciwko dwom wniosek referenta Trammera.

Referent Trammer w kwestji, czy żona może mieć osobny sąd powszechny i kiedy, wnosi na przyjęcie art. 5. swego projektu i uzasadnia wniosek ten, jak w motywach pisemnych na stronie 9 i 10.

Allerhand uważa, że żona powinna mieć osobny sąd powszechny, ilekroć nie mieszka z mężem. Stan taki często się zdarza zwłaszcza w obecnych czasach, kiedy często mąż zajęty jest w innej miejscowości, gdzie mieszkania odpowiedniego znaleść nie może, a żona pozostaje w innej miejscości.

Litauer przedstawia stronę prawno-materjalną problemu zamieszkania i zwraca uwagę na nowe brzenienie arr. 32. ustawy cywilnej, obowiązującej w b. Królestwie Polskiem. Te względy zdają się przemawiać za tem, że prawo materjalne już obecnie omawianą kwestję reguluje.

Stefko i Dziurzyński oświadczają się za stanowiskiem Allerhanda, Gołąb zaś za stanowiskiem Trammera. Skąpski uważa zredagowanie odnośnych postanowień o forum generalnem pochodnym żony za niepotrzebne.

Fierich porusza myśl, czy przypadki, które Allerhand na uzasadnienie swego stanowiska przyjmuje t. j. czasową rozłąkę żony od męża i spowodowany przez to jej osobny pobyt, nie przyjąć za podstawę sądu konkurencyjnego w interesie wierzycieli.

Trammer zwalcza stanowisko Allerhanda w imię porządku prawnego, który istnieć musi. Skoro bowiem żona wedle prawa materjalnego dzieli miejsce zamieszkania męża, to także miejsce zamieszkania męża winno stanowić o jej sądzie powszechnym. Wyjątkowe przypadki, w których obowiązek taki żony nie istnieje, znalazły wyraz w projekcie, gdzie przewidziano przypadek żony separowanej oraz przypadek pobytu męża ze granicą: w tych przypadkach odpada sąd powszechny pochodny żony. Dalszy przypadek przytoczony przez prof. Allerhanda może, zgodnie z uwagą prof. Fiericha, być przyjęty jako

podstawa osobnego forum konkurencyjnego. Stanowiska Litauera i Skąpskiego, na pozór ze sobą zgodne, są jednakże zasadniczo różne, pierwszy bowiem uważa przepisy o forum generale żony za zbyteczne z powodu tego, że już prawo materjalne powzięło pod tym względem decyzję, drugi zaś z tego powodu, że chce przyznać żonie osobne forum generale. Wobec rozbieżności poglądów proponuje, by osobno głosowano nad zasadą, czy żona ma mieć forum generale pochodne oraz, czy przyznać wyjątki od jej zasady w pewnych przypadkach i w jakich, o ileby przyjęto forum pochodne żony.

W głosowaniu przyjęto pięcioma głosami przeciwko czterem wniosek referenta Trammera, iż żona ma forum pochodne męża, dalej przyjęto jednomyślnie dwa wyjątki przewidziane przez referenta w art. 5. jego projektu t. j. w przypadku pobytu męża za granicą i w przypadku separacji, wreszcie postanowiono przyjąć osobne forum konkurencyjne dla żony w przypadku jej osobnego miejsca pobytu stałego oddzielnie od męża dla pretensji materjalnych, przeciwko niej dochodzonych.

W kwestji, czy właściwość miejscowa majątku przeciw osobom zamieszkałym za granicą ma być ustanowioną tylko na korzyść tutejszych powodów, czy też także powodów zamieszkałych za granicą:

Referent Trammer wnosi na przyjęcie drugiej alternatywy i proponuje brzmienie odnośnego przepisu wedle art. 10. projektu. Na uzasadnienie przytacza, że często obcokrajowiec ma interes w tem, by pretensję swoją przeciwko innemu obcokrajowcowi w kraju przeprzeć w drodze procesu, jeśli pozwany ma w kraju majątek, na którym będzie mógł znaleść zaspokojenie.

Koreferent Allerhand oświadcza się za pierwszą alternatywą i proponuje brzmienie odnośnego przepisu w myśl art. 20. swego projektu. Uzasadnia swoje stanowisko tem, że nie mamy interesu, aby dwaj obcokrajowcy t. j. dwie strony mieszkające za granicą przenosiły proces swój do kraju.

Stefko przyłącza się do wniosku i wywodów referenta Trammera i na praktycznych przykładach wykazuje potrzebę przyznania właściwosci sądowej, o której mowa, także osobom zamieszkałym za granicą.

Uchwalono siedmioma głosami przeciwko jednemu głosowi wniosek referenta Trammera.

W kwestji, czy wprowadzić forum dopełnienia umowy: proponuje referent Trammer przyjęcie tego rodzaju właściwości sądowej wedle brzmienia art. 13. swego projektu i uzasadnia to stano-

wisko jak na str. 12 i 13 motywów projektu, podnosząc, że w interesie obrotu leży, by dla handlu i przemysłu ustanowiono właściwość, która liczy się z tym interesem.

Koreferent Allerhand uważa, że przepis o forum wypełnienia umowy jest niepotrzebny, gdyż jest uprzywilejowaniem wierzyciela i wyłomem z ogólnej zasady, że pozwy wnosić należy przed sąd powszechny pozwanego.

Litauer popiera stanowsko referenta Trammera, sądzi jednak, że art. 13. projektu referenta należałoby tak zredagować, by opuścić w nim spory o nieistnienie umowy.

Mańkowski popiera stanowisko koreferenta Allerhanda. Do tego stanowiska przyłącza się także Stefko, natomiast za stanowiskiem referenta oświadczają się Dziurzyński i Skąpski.

Fierich w zasadzie jest za przyjęciem forum wykonania umowy, sądzi jednak, że należałoby forum to ograniczyć, ewentualnie je skombinować z forum prorogatum i żądać stwierdzenia miejsca wypełnienia umowy zapomocą dokumentu; ostatnie dwie okoliczności należy jednakże przekazać Komitetowi redakcyjnemu do rozważenia.

Uchwalono pięcioma głosami przeciwko trzem głosom wniosek referenta Trammera o przyjęcie w zasadzie forum miejsca wykonania umowy.

Czy spory ze stosunku najmu dzierżawy nieruchomości należy zawsze, czy też tylko można wytaczać przed sąd rei sitae?

Referent Trammer wnosi na przyjęcie drugiej alternatywy zgodnie z art. 18. projektu swego i motywuje to stanowisko, jak na str. 14 motywów pisemnych.

Koreferent Allerhand oświadcza sę za uinormowaniem odnośnego przepisu zgodnie z art. 12. swego projektu, wedle którego spory z najmu dzierżawy nieruchomości w zasadzie należą wyłącznie przed sąd rei sitae, wszelako z właściwości tej wyłączają się spory z najmu dzierżawy o kwoty pieniężne, i popiera to stanowisko tem, że w sporach z najmu dzierżawy zachodzi często potrzeba przeprowadzenia dowodu na miejscu lub ze świadków, pochodzących z miejsca, w którem znajduje się przedmiot najmu dzierżawy.

Skąpski oświadcza się za wyłączną właściwością sądu rei sitae dla wszystkich sporów ze stosunku najmu dzierżawy a więc także dla sporów o zapłatę kwot pieniężnych.

Litauer popiera stanowisko Trammera, zaś Dziurzyński przyłącza się do stanowiska Skąpskiego, powołując się na doświadczenia poczynione na podstawie procedury austrjackiej.

Referent Trammer tłumaczy, że stanowisko swoje dlatego

zajął, jak wyżej, ponieważ uważa je za kompromisowe między stanowiskiem tych procedur, które dla stosunków najmu dzierżawy znają właściwość wyłączną miejsca położenia, a stanowiskiem tych procedur, które takiego stanowiska nie znają, i dlatego za przykładem węgierskiej procedury cywilnej zaproponował art. 18. projektu. Doświadczenie uczy, że w sporach o kwoty pieniężne, a więc o czynsz, prawie nigdy nie przychodzi do oględzin nieruchomości, ani też do prowadzenia dowodów ze świadków pochodzących z miejscowości położenia nieruchomości, skutkiem czego niema podstawy do przyjęcia forum wyłącznego dla sporów z najmu dzierżawy, o ile chodzi o pretensję pieniężną; zostawić jednakże należy możność stronom zapozwania takich pretensji także przed forum położenia nieruchomości. Dlatego proponuje kombinację swego dotychczasowego stanowiska ze stanowiskiem koreferenta t. j. aby przyjęto wyłączną właściwość dla sporów z kontraktów najmu dzierżawy nieruchomości z wyłączeniem jednakże sporów o kwoty pieniężne, dla których przewidzieć należy tylko konkurencyjną właściwość sądu położenia nieruchomości.

Ostatni wniosek uchwalono sześcioma głosami przeciwko dwom.

W kwestji, czy forum dla sporów o prawa rzeczowe na nieruchomościach ma się oznaczać wedle miejsca położenia nieruchomości, czy też pokrywać się ma ze sądem prowadzącym księgę gruntową?

Referent Trammer proponuje przyjęcie art. 19. swego projektu, zaś koreferent Allerhand proponuje przyjęcie ustępu 1. art. 12. swego projektu.

Referent Trammer podnosi, że przyjęcie zasady koreferenta zmienia przedmiotową właściwość sądową, która nie jest zamierzoną, że w razie przyjęcia stanowiska koreferenta drobne spory dotyczące nieruchomości tabularnej będą należały do sądu okręgowego, natomiast poważne spory, odnoszące się do majętności rustykalnej, będą należały do sądu powiatowego. Następnie w razie przyjęcia zasady koreferenta różne zasady przyświecać będą forum, o którem mowa, w różnych dzielnicach Polski, zwłaszcza z uwagi na to, że w byłem Królestwie Kongresowem nie wszędzie są księgi gruntowe.

Mańkowski przyłącza się do stanowiska referenta Trammera i zwraca uwagę na dalszą okoliczność, że mianowicie wedle projektu ustawy o organizacji sądowej w szczególności wedle przepisów przechodnich tego projektu, ujednostajnienie przepisów o wprowadzeniu ksiąg hipotecznych ma nastąpić w różnych okręgach sądowych w różnym czasie a to spowodowałoby chaos w stosowaniu przepisów o właściwości dla sporów o prawa rzeczowe na nieruchomościach.

Dziurzyński i Litauer przyłączają się do wniosku referenta Trammera.

Uchwalono wszystkiemi głosami przeciwko jednemu wniosek referenta Trammera.

W kwestji, czy przy forum prorogatum dopuszczalne jest poddanie się przez strony właściwości sądu miejscowo obranego także w przypadku ustawowej wyłącznej właściwości:

Oświadcza się referent Trammer za dopuszczalnością takiego umownego forum zgodnie z art. 24. swego projektu, zaś koreferent Allerhand przeciw dopuszczalności umownego forum w sprawach, w których istnieje wyłączna właściwość ustawowa. Pierwszy uzasadnia swój wniosek tem, że niema podstawy do robienia trudności stronom, gdy zgodnie wybierają sobie sąd miejscowo-niewłaściwy, drugi zaś powołuje się na interes publiczny, który domaga się ograniczenia w kierunku przez niego podanym forum umownego.

Litauer oświadcza się za stanowiskiem koreferenta, zaś Stefko i Skąpski za stanowiskiem referenta Trammera; ostatni jednakże uważa, że należałoby może wyłączyć z pod dopuszczalności forum umownego spory ze stosunku małżeńskiego.

Trammer przytacza, że często w praktyce zachodzi potrzeba poddania się jakiemuś sądowi w sporach majątkowych, dla których istnieje wyłączne forum np. w sporach najmu dzierżawy, a to sądowi gdzieindziej leżącemu, względnie siedzibę mającemu (np. spory o dzierżawę ze Skarbem, który zastrzega sobie sąd miejscowy siedziby Prokuratorji Generalnej); w sprawach małżeńskich zaś może stronom właśnie zależeć na tem, by spór dla nich przykry nie toczył się w sądzie miejscowości, w której krępują się z uwagi na to, że są właśnie w tej miejscowości znane, i dlatego wolą spór przeprowadzić w innym sądzie krajowym.

Uchwalono sześcioma głosami przeciwko dwom — wniosek referenta.

Koreferent Allerhand porusza potrzebę zastanowienia się nad właściwością dla sporów o roszczenia spadkowe i proponuje przyjęcie zasady z art. 19. swego projektu, wedle której spory takie należą wyłącznie przed sąd przeprowadzający niesporne postępowanie spadkowe.

Referent Trammer oświadcza się przeciw tej zasadzie i proponuje przyjęcie zasady wyrażonej w art. 21. swego projektu, wedle którego (zdanie drugie tego artykułu) sąd spadkowy ma decydować

tylko o miejscowej właściwości dla sporów o roszczenie spadkowe, natomiast nie zostaje w niczem naruszona ogólna przedmiotowa właściwość sądowa, oparta na wartości przedmiotu sporu.

Dziurzyński oświadcza się za wnioskiem Trammera, natomiast Stefko w zasadzie za wnioskiem Allerhanda, do którego należy wprowadzić pewne ograniczenia.

Dziurzyński podkreśla, że zdaniem jego raczej należałoby rozszerzyć zasadę objętą drugim ustępem art. 21. Trammera na przypadek, objęty ustępem pierwszym tego artykułu.

Litauer oświadcza się za wnioskiem Trammera, którego brzmienie można pogodzić z ustawodawstwem materjalnem i niespornem wszystkich ustaw, obowiązujących na ziemiach Polski.

Uchwalono wniosek referenta Trammera wszystkiemi głosami przeciwko jednemu.

Koreferent Allerhand zwraca uwagę, że należałoby się zastanowić, czy utrzymać dawne forum fakturowe ustawy procesowej austrjackiej, sam jest przeciwnikiem, sprawę tę jednakże porusza dlatego, by stronom interesowanym kupieckim nie wydawało się, że o sprawie tej zapomniano.

Referent Trammer powołuje się, że w motywach do swego projektu na str. 19. oświadczył się przeciw forum fakturowemu i uzasadnił tam to swoje stanowisko.

Przyjęto to oświadczenie do wiadomości.

Litauer uważa za potrzebne zaznaczenie w motywach do projektu, dlaczego pominięto właściwość §-fu 30. niemieckiej procedury cywilnej.

Ref. Trammer podnosi, że uczynił to już na str. 19. motywów do swego projektu.

Stefko zwraca uwagę na pewną niekonsekwencję w art. 3. projektu Trammera, w którym jest mowa o miejscu zamieszkania bez dodania »w kraju« a o pobycie z dodatkiem »w kraju«.

Dziurzyński i Gołąb wykazują, że w art. 3. niema sprzeczności, gdyż rozróżnienie to jest zamierzone i celowe.

Allerhand podnosi, że kwestja tu poruszona musi być uzgodniona z jurysdykcją krajową.

Stefko sądzi, że art. 4. projektu Trammera nie jest potrzebny, co najwyżej należałoby artykuł ten ograniczyć do przypadków, w których nie można zapozwać funkcjonarjusza państwowego za granicą z tego powodu, że posiada tam eksterytorjalność.

Ref. Trammer twierdzi, że praktycznem się może okazać stosowanie art. 4. głównie w spawach. o których mówi Stefko, że jednakże i poza temi przypadkami interes obywateli tutejszych czyni wskazanem przyjęcie ogólnej zasady, wyrażonej w art. 4. projektu. Referent nie ma jednakże nic przeciwko temu, by zasadę tę ograniczono w duchu Prof. Stefki.

Prof. Stefko sądzi, że w art. 10. projektu należałoby opuścić słowa »nadający się do egzekucji majątek«, Skąpski natomiast jest jest za przyjęciem zasady ref. Trammera wyrażonej w art. 10. projektu, sądzi jednakże że należałoby słowa »nadający się do egzekucji majątek« zastąpić wyrazami »majątek nadający się do całkowitego lub częściowego zaspokojenia roszczenia powoda«.

Stefko sądzi, że kompetencję z art. 11. projektu Trammera należałoby ograniczyć do tych czynności, które zawarte zostały przez odnośny krajowy organ zastępczy.

Ref. Trammer uważa, że to niesłusznie ograniczałoby swobodę działania zwłaszcza tutejszych obywateli, którzy mogą mieć interes także w innych sprawach zapozwać zakrajową osobę prawniczą w kraju.

Stefko do artykułu 22. projektu Trammera zauważa, że nie wszystkie tam przewidziane przypadki postępowania sądowego wdrażane bywają zapomocą pozwów, a mimo to w artykule tym jest użyty wyraz pozew; oświadcza się za utrzymaniem dla sporów i wogóle dla spraw dotyczących postępowania w sprawach małżeńskich na czas przejściowy dotychczasowych przepisów kompetencyjnych. W razie przyjęcia art. 22. w brzmieniu referenta należałoby przewidzieć subsydjarną właściwość sądów w Warszawie.

Allerhand jest za tem, by właściwość dla spraw małżeńskich oprzeć na ostatniem wspólnem miejscu zamieszkania małżonków, gdyż przyjęta przez referenta podstawa właściwości t. j. zamieszkanie pozwanego jest w rzeczywistości zamieszkaniem męża.

Ref. Trammer oświadcza, że projektując art. 22. projektu liczył się z dzisiejszemi ustawami o materjalnem prawie małżeńskiem i o postępowaniu w sprawach małżeńskich i dlatego ogólnie stylizował ten artykuł. Z natury rzeczy wynika, że jeżeli w pewnych sprawach wdrożenie postępowania w sprawach małżeńskich nie nastąpi zapomocą pozwu, przypadki takie nie będą podpadały pod art. 22. projektu, lecz będą musiały być osobno przy tej okazji unormowane. Wniosek prof. Stefki, by wprowadzono subsydjarną właściwość sądu w Warszawie, jest w dzisiejszym stanie ustawodawstwa w sprawach

małżeńskich niewskazany, albowiem w b. Królestwie Kongresowem a więc i w Warszawie jest inne materjalne prawo małżeńskie a nawet inne przepisy o postępowaniu i właściwości sądowej w sprawach małżeńskich, aniżeli w innych dzielnicach. W szczególności brak nawet jurysdykcji tamtejszych sądów w sprawach małżeńskich; dlatego nie można wszystkich spraw przekazywać subsydjarnie sądom w Warszawie, lecz należy pozostawić uznaniu Sądu Najwyższego, aby ten Sąd po myśli art. 25 projektu referenta w braku zamieszkania przewidzianego w art. 22. projektu, oznaczył sąd właściwy miejscowo, licząc się właśnie w takim poszczególnym przypadku z prawem małżeńskiem materjalnem i z prawem o postępowaniu w sprawach małżeńskich. — Utrzymanie dotychczasowych przepisów w sprawach małżeńskich o kompetencji, aż do wspólnego uregulowania prawa małżeńskiego materjalnego nie jest wskazane, jako sprzeczne z potrzebą unifikacji prawa o właściwości sądowej.

Litauer jest za art. 22. projektu referenta a za przemyśleniem art. 25. projektu referenta.

Alerhand sądzi, że decyzja będzie mogła zapaść przy uwzględnieniu zasad o jurysdykcji krajowej.

Stefko wskazuje na potrzebę postanowienia o rzeczowej prorogacji sądowej przy art. 24.

Ref. Trammer oświadcza, że postanowienia takiego nie przewidział w swoim referacie, który obejmuje tylko miejscową właściwość sądową i że kwestję przedmiotowej prorogacji sądowej należy uregulować w partji o przedmiotowej właściwości sądowej.

Stefko sądzi, że w art. 29. projektu Trammera należałoby wprowadzić ograniczenie tej treści, że artykuł ten wchodzi w zastosowanie tylko o tyle, o ile sprawa nie zostanie odebraną jurysdykcji krajowej. Ref. Trammer uważa to za rzecz, która się sama przez się rozumie.

Uchwalono wszystkie wnioski poruszone przez Prof. Stefkę i odpowiedzi na te wnioski wziąć pod rozwagę przy kodyfikowaniu projektu ustawy.

Posiedzenie z dnia 25. kwietnia 1922.

Obecni: jak poprzednio.

Przewodniczący stwierdza, że otrzymał pismo Ministra Sprawiedliwości z dnia 22. kwietnia 1922 r. L. 862, wedle którego z powodu innych czynności pilnych ani P. Minister osobiście, ani jego delegat nie może interwenjować na posiedzeniach obecnej sesji.

Następnie przystąpiono do dalszej dyskusji nad miejscową właściwością sądową.

Koreferent Allerhand uważa za potrzebne, by w motywach projektu przyszłego wyraźnie zaznaczono, że opuszcza się w ustawie możność delegowania jednego sądu w miejsce drugiego sądu ze względów oportunistycznych.

Referent Trammer zgadza się, by względy tu podane nie uzasadniały delegacji sądowej i podkreśla, że w swym projekcie pominął delegowanie w przypadkach tu podanych; uznaje słuszność potrzeby zauważenia tego w motywach.

Przy zakończeniu dyskusji nad miejscową właściwością sądową porusza referent Trammer potrzebę zastanowienia się nad tem, jakie techniczne wyrażenie przyjąć w Polskiej Procedurze Cywilnej na oznaczenie forum generale. Potrzeba przyjęcia oznaczenia takiego forum w ustawie zachodzi, gdyż łatwiej w różnych miejscach ustawy powołać się krótko na forum generale zamiast określenia tego forum zapomocą całego zdania. Potrzeba decyzji co do technicznego wyrażenia nasuwa się zaś z dwóch względów: raz dlatego, ponieważ przyjęte przez referenta wyrażenie »sąd powszechny« przyjętem zostało również przez subkomitet dla ustroju sądownictwa na oznaczenie przeciwieństwa sądów nadzwyczajnych w miejsce dotychczasowego wyrażenia »sądy zwyczajne«. Nadto nieznany z nazwiska autor w artykule zamieszczonym w Gazecie Sądowej w numerze 10. z roku 1922 uważa wyrażenie »sąd powszechny« na oznaczenie przeciwieństwa sądu konkurencyjnego względnie wyłącznego za nieodpowiednie.

Prof. Gołąb proponuje przyjęcie jako wyrazu technicznego na oznaczenie forum generale wyrażenia »sąd podstawowy« lub »sąd zasadniczy«.

Nie powzięto żadnych uchwał, przekazując sprawę poruszoną do chwili, kiedy cała redakcja projektu ustawy poddaną będzie badaniu ze stanowiska językowego.

II.

Wartość przedmiotu sporu.

Referent Trammer porusza potrzebę zastanowienia się tylko nad kwestją zasadniczą, czy wartość przedmiotu sporu ma oznaczać zawsze powód, czy też na oznaczenie tej wartości przyznać należy wpływ sądowi i pozwanemu.

Referent podkreśla, że nie chodzi tu o żadną kwestję teoretyczną, lecz o decyzję ze stanowiska czysto oportunistycznego. Proponuje przyjęcie, iż ocenienie powoda wiąże nietylko jego, ale także sąd i pozwanego. Nie da się zaprzeczyć, że to ma pewne niekorzyści, wszelako zapobiegnie sporom incydentalnym, których należy unikać. Co do szczegółowego uzasadnienia odwołuje się na uzasadnienie swoje na

stronach 28 do 31 projektu. Ponieważ jednakże w pewnych przypadkach ocenienie powoda może być krzywdzącem dla pozwanego, przeto należy w tych szczególnych przypadkach przyznać sądowi możność ocenienia wartości przedmiotu sporu. Przypadkami takiemi są: przypadek, gdy wartość przedmiotu sporu wpływa na rodzaj postępowania (postępowanie drobiazgowe), lub gdy wpływa na odebranie pozwanemu środka prawnego (np. rewizji). Z tem licząc się, zamieścił referent w art. 10. projektu zastrzeżenie dla salwowania interesu pozwanego.

Ponieważ w międzyczasie wpłynęły uwagi prezesa Nowodworskiego do działu o wartości przedmiotu sporu, przeto referent podnosi, że prezes Nowodworski proponuje by w sprawach, w których określenie wartości przedmiotu sporu należy do powoda, sąd sprawdzał i w miarę uznania potrzeby prostował wskazaną przez powoda ocenę wartości przedmiotu sporu, oraz aby powództwa wytoczone bez podania wartości lub z mylną jej oceną, powodującą zmianę należytej właściwości sądu albo trybu postępowania, odrzucono bez rozpoznania.

Koreferent Allerhand proponuje przyjęcie zasady, że także sąd i pozwany mają wpływ na ocenienie wartości przedmiotu sporu i proponuje nadanie odnośnemu przepisowi brzmienia proponowanego w art. 10. jego projektu. W szczególności ma być szacunkiem wartości przedmiotu, uskutecznionym przez powoda, związany sam powód, sądowi natomiast należy przyznać prawo badania wartości przedmiotu sporu w chwili wdrożenia postępowania, a pozwanemu należy przyznać prawo zarzucenia mylnego szacunku przy pierwszej czynności procesowej. To uchroni pozwanego od niekorzyści połączonych z oznaczeniem wartości przedmiotu sporu przez powoda.

Litauer i Mańkowski podzielają zapatrywanie koreferenta Allerhanda, przyczem ostatni powołuje się na to, że przepisy procedury niemieckiej o badaniu wartości przedmiotu sporu nie napotkały na trudności w praktyce. Do stanowiska koreferenta Allerhanda przyłącza się również Skąpski i Gołąb, — ostatni z tem ograniczeniem, że jeżeli i powód i pozwany zgodnie podadzą wartość przedmiotu sporu, sąd nie będzie miał prawa badać tejże wartości.

Referent oświadcza, że widzi, iż wedle zapatrywania przedmowców oportunizm wymaga ograniczenia powoda, a tem samem przyjęcia zasady koreferenta Allerhanda; dlatego, zmieniając swoje stanowisko, zgadza się na zasadę sformułowaną przez koreferenta Allerhanda.

Stefko sądzi, że w art. 3. koreferatu Allerhanda należałoby opuścić »odszkodowania lub kary umownej«, gdyż są to roszczenia samoistne.

Ref. Trammer podziela to zapatrywanie i podnosi, że w swoim

projekcie w art. 3. dał wyraz zapatrywaniu, że odszkodowanie i kara umowna nie powinny być traktowane tylko jako należytości uboczne, lecz same powinny stanowić podstawę przedmiotowej właściwości sądowej.

Stefko odnośnie do art. 5. projektu referenta Trammera i art. 5. koreferatu Allerhanda podnosi, że przez sumowanie niższych roszczeń, należących do właściwości sądu powiatowego, nie można przenieść pozwu do sądu okręgowego.

Koreferent Allerhand broni brzmienia art. 5. swego projektu.

Referent Trammer powołuje się na brzmienie art. 5. swego projektu, w którym czyni zadość żądaniu prof. Stefki oraz na motywa do tego artykułu na str. 32, wedle których wyraźnie zaznaczono, że dopiero przepisy procedury cywilnej rozstrzygną, czy można w drodze łączenia kilku roszczeń przenieść sprawę ze sądu powiatowego do sądu okręgowego.

Stefko zwraca uwagę na potrzebę decyzji, czy ma być wprowadzona w procedurze cywilnej polskiej facultas alternativa po myśli §-fu 410 procedury austrjackiej, czy też nie. Sam oświadcza się przeciwko przyjęciu podobnej zasady.

Ref. Trammer oświadcza, że co do tej kwestji zajął stanowisko w uwadze na str. 29, oświadczając się zgodnie ze stanowiskiem obecnie przez prof. Stefkę zajętem.

III.

Nieważność czynności sędziego i tegoż usunięcie.

Ref. Allerhand proponuje przyjęcie zasad, przedstawionych w referacie na str. 38—43 procedury cywilnej i uzasadnia to stanowisko potrzebami praktyki.

Prof. Stefko uważa, że referat obciążony jest zbytnią kazuistyką, że w szczególności art. 1. jest zbędny i że w art. 2. są wymienione przypadki, które powinny być przeniesione do art. 3.

Prof. Gołąb uważa, że art. 1. jest potrzebny, że jednakże w art. 2. są niektóre przypadki, które winny być przeniesione do art. 3.

Litauer uznaje art. 1. za niemożliwy do przyjęcia.

Ref. Allerhand wykazuje na praktycznych przypadkach konieczność zatrzymania art. 1., gdyż zdarza się nieraz, jak to było np. podczas okupacji ukraińskiej, że funkcje sędziowskie spełniały organa niepowołane do tego przez uznaną władzę. Broni również art. 2. i 3. projektu swego.

Nie powzięto żadnej uchwały, przekazując całą sprawę do rozważenia Komitetowi redakcyjnemu i przystąpiono do następnego punktu

Ponieważ referat następny wygłosić ma przewodniczący Prof. Fierich, przeto przewodnictwo obejmuje Litauer, wiceprezes Sekcji.

IV.

Strony i ich zastępcy.

W kwestji, czy obok pojęcia zdolności procesowej wprowadzić do kodeksu procedury cywilnej »zdolność sądowa«:

Referent Fierich zajmuje stanowisko negatywne i uzasadnia je, jak w pisemnych motywach referatu na str. 54 i 55 Polskiej Procedury Cywilnej. Ponieważ jednak materjalne prawo niemieckie, obowiązujące w dzielnicy popruskiej wymaga dopuszczenia możności skarżenia Stowarzyszeń, niemających zdolności prawnej, przeto z uwagi na to prawo materjalne przewidziano w art. 1. przepisów przechodnich utrzymanie art. 68. kodeksu procedury niemieckiej.

Allerhand sądzi, że należałoby w ustawie zamieścić wyraźnie przepis tej treści, że zdolność sądową mają masy majątkowe, posiadające zdolność prawną.

Prof. Stefko sądzi, że należałoby dopuścić jako stronę procesową osoby zbiorowe, jakoto komitety.

Skąpski zwalcza ostatnie zapatrywanie prof. Stefki.

Gołąb podnosi, że także w prawie austrjackiem istnieją »podmioty prawne«, nie mające osobowości prawnej, a mimo to występujące w procesie choćby tylko w charakterze pozwanych. Takim podmiotem jest np. spółka jawna, a nawet zdaniem mowcy — w pewnych przypadkach (mimo communis opinio) spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Gdzie bowiem ustawa tak, jak to czynią ustawy polskie, nie postanawia wyraźnie, że pewien związek jest osobą prawną, tam prawne uznanie jego osobowości zależy od skonstatowania społecznych, konkretnych faktów, a w szczególności odpowiedniej organizacji związku i uznania tejże na zewnątrz, które sobie dany związek wywalczył w życiu siłą swej łączności wewnętrznej. Jeżeli tych warunków nie ma, wówczas dany związek osobą prawną nie będzie, choćby przepis ustawy pozwalał mu np. nabywać samoistnie prawa i zaciągać obowiązki lub nazywał go »samoistną spółką handlową«. Rozstrzyganie o tem jest jednak rzeczą prawa materjalnego a nie procedury cywilnej. W pewnych przypadkach np. uznawany bywa nawet pewien komitet, zbierający fundusze na przemijający cel »publiczny« za osobę prawną — zwłaszcza o ile chodzi o możność wy-

toczenia przeciw niemu skargi. Przepisu o »zdolności sądowej« w ustawie procesowej nie potrzeba.

Litauer obawia się, że przez zatrzymanie w ustawie przechodniej §-fu 68. niemieckiej procedury cywilnej skutkiem argumentu a contrario wytworzy się przekonanie, że poza dzielnicą popruską roszczeń przeciwko stowarzyszeniom, nie posiadającym zdolności prawnej, zaskarżać nie można; taka zaś praktyka istnieje w b. Królestwie Kongresowem.

Po omówieniu wyniku dyskusji przez referenta uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta Fiericha.

W kwestji: czy zatrzymać instytucję interwencji głównej — wnosi referent prof. Fierich, jak w art. 12. jego projektu i na stronie 61. 62. motywów do tego projektu, a więc oświadcza się za zatrzymaniem instytucji interwencji głównej.

Allerhand oświadcza się przeciwko tej instytucji; instytucja ta jest zbyteczną, gdyż cel, przez nią zamierzony da się osiągnąć przez przepisy o uczestnictwie sporu i interwencji ubocznej. Osobne przepisy o interwencji głównej będą tylko balastem w Polskiej Procedurze Cywilnej.

Trammer popiera stanowisko referenta Fiericha; osobne przepisy o interwencji głównej będą miały wprawdzie zastosowanie tylko we wyjątkowych przypadkach, jednakże przypadki interwencji głównej w praktyce zdarzać się będą. Ponieważ dla tych przypadków muszą być przewidziane osobne przepisy o właściwości sądowej i o wpływie procesu wywołanego przez interwencję główną na proces główny, przeto potrzebne są osobne przepisy o interwencji głównej.

Dziurzyński i Skąpski podzielają stanowisko to.

Stefko podnosi, że lubo instytucja interwencji głównej małe ma znaczenie praktyczne, to jednakże zdarzać się będą przypadki, w których stosowanie instytucji interwencji głównej będzie potrzebne. Nie da się zaprzeczyć jednak, że wprowadzenie instytucji interwencji głównej wprowadza faktyczne komplikacje w procesie głównym. Jeżeli się jednakże przyjmie instytucję interwencji głównej w procedurze polskiej i przepisy o niej, natenczas należy ją dokładnie unormować, w szczególności określić wpływ wyroków w procesie interwencyjnym głównym na proces główny, a to w dziale o prawomocności wyroku.

Litauer powiada, że przypadki stanowiące interwencję główną w sądach w b. Królestwie Kongresowem niejednokrotnie się zdarzają.

Ref. Fierich stwierdza, że przepisy o interwencji głównej nie są nowością, gdyż znajdują się we wszystkich procedurach dzielnicowych. a także praktyka francuska zna interwencję główną. Zatrzyma-

nie przepisów o interwencji głównej, jako przepisów osobnych zapobiega rozczłonkowaniu odnośnych przepisów z okazji przepisów przy innych działach np. przy uczestnictwie sporu. W każdym razie interwencja główna daje większe korzyści, aniżeli same przepisy o uczestnictwie sporu i o interwencji ubocznej. Dlatego obstaje przy swoim wniosku.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta Fiericha wszystkiemi głosami przeciwko jednemu.

W kwestji, czy dopuszczenie interwenjenta ubocznego uzależnić od wykazania interesu prawnego w przystąpieniu interwenienta do toczącego się procesu:

Ref. Fierich oświadcza się potakująco i wnosi zgodnie z art. 13. swego projektu. Wniosek ten motywuje, jak w motywach do swego projektu na str. 63.

Gołąb przyłączając się do wywodów referenta, podkreśla, że pojęcie »interesu« jest zbyt obszernem, aby je bez żadnego dodatku można przyjąć do Polskiej Procedury Cywilnej. Jeżeli przez »interes« pojmować należy »wszystko«, czego ktoś wskutek nastąpienia lub nienastąpienia pewnego zdarzenia spodziewać się może, to jasną jest rzeczą, że tak szerokie ujęcie byłoby wprost niebezpiecznem, musi przecież istnieć pewna łączność czyli stosunek między interwenjentem a stroną lub stronami procesu, który to stosunek może wywołać skutki prawne. Chodzi zatem tylko o prawny interes.

Mańkowski oświadcza się w zasadzie za instytucją interwencji ubocznej, żąda jednakże zastąpienia określenia interes prawny wyrazami »ten, którego sfera jest zagrożona« i uważa, że to określenie będzie ściślejszem.

Allerhand sądzi, że interwencja uboczna winna być dopuszczalną tylko wtedy, gdy wyrok w procesie ma być skuteczny przeciwko trzeciemu; ten trzeci mógłby w takim przypadku przystąpić do sporu; są to przypadki interwencji ubocznej samoistnej.

Na przypadek przyjęcia instytucji interwencji ubocznej w tym zakresie, jak je proponuje referent, wnosi na przyjęcie stylizacji proponowanej przez Mańkowskiego.

Litauer zwraca uwagę, że tutaj chodzi raczej o wyrażenie, a nie o treść samą, skoro inni mowcy nie zaproponowali lepszego wyrażenia, jak wyrażenie »interes prawny« — wnosi na przyjęcie propozycji referenta.

Stefko uważa za wskazane, by w motywach do projektu procedury cywilnej nie określano szczegółowo pojęcia »interesu praw-

nego«, aby przez to zostawić swobodę przyszłej interpretacji przez sądy.

Ref. Fierich wyłuszcza, że interes prawny istnieje tam, gdzie proces główny nietylko ogarnia sferę prawną drugiej osoby, ale także tam, gdzie choćby tylko zagraża tej sferze prawnej. Wyraz »interes prawny« jest przyjęty w dotychczasowych procedurach cywilnych i należy go zatrzymać, — przez wprowadzenie innego wyrażenia może powstać chaos, którego należy unikać.

Uchwalono wniosek referenta Fiericha wszystkimi głosami przeciwko jednemu.

W kwestji, czy instytucja »oznajmienia sporu« ma zastąpić instytucję »przypozwania do sporu« i instytucję »wezwania o zastępstwo« odpowiada referent Fierich potakująco, wnosi na przyjęcie przepisu, objętego artykułem 18 projektu i uzasadnia jak na str. 67 motywów swych do tego projektu.

Litauer przedstawia pod tym względem ustawodawstwa w b. Królestwie Kongresowem i zwraca w szczególności uwagę na rygor przewidziany w art. 659. ros. p. c., który to rygor uważa za niesłuszny; należałoby temu dać wyraz w motywach do projektu przyszłej procedury polskiej cywilnej.

Allerhand jest za opuszczeniem omawianej instytucji. Instytucja ta jest bez znaczenia, gdyż sąd przy jej stosowaniu jest niczem innem, jak tylko pośrednikiem przy zawiadomieniu o sporze; pocóż więc sąd taką czynnością obarczać? Instytucja projektowana nie załatwia również całkiem sprawy, gdyż może zachodzić potrzeba zapowiedzenia sporu także przed procesem. Wszystko stać się może bez interwencji sądu, w ostatnim przypadku zaś musi się stać bez intewencji sądu.

Gołąb przystępuje do wniosku referenta Fiericha ze względu na przepisy prawno-materjalne, które wymagają w niektórych wypadkach zapowiedzenia sporu.

Trammer przyłącza się do wniosku i wywodów referenta Fiericha nietylko z przyczyn prawno-materjalnych, ale także dlatego, ponieważ zapowiedzenie sporu za pośrednictwem sądów stanowi dowód w przyszłości potrzebny, że zapowiedzenie sporu nastąpiło, i oznacza ściśle, do którego sporu to zapowiedzenie się odnosiło; ten środek dowodowy znajduje się w aktach sądowych. Pośrednictwem przy doręczeniu pisma zawierającego zapowiedzenie sporu sąd nie jest obarczony, jest to bowiem czynność bardzo mało pracy wymagająca.

Skąpski przyłącza się do wywodów Trammera.

F i e r i c h podkreśla, że instytucja zapowiedzenia sporu nie ma wogóle przeciwników w literaturze, a jej utrzymanie w polskiej procedurze cywilnej jest podyktowane względami na prawo materjalne, jak to już przedmówcy zaznaczyli.

W głosowaniu przyjęto wniosek referenta Fiericha sześcioma głosami przeciw dwom.

L i t a u e r jeszcze dodatkowo zwraca uwagę na doniosłość art. 1727 kodeksu Napoleona; referent Fierich wskazuje na to, że na stronie 70 motywów do swego projektu z tym przepisem się liczy.

W kwestji, c z y a e w e n t u a l n i e w j a k i m z a k r e s i e m a o b o w i ą z y w a ć p r z y m u s a d w o k a c k i w p o l s k i e j p r o c e d u r z e c y w i l n e j, wnosi r e f e r e n t F i e r i c h o przyjęcie przymusu adwokackiego w postępowaniu przed sądami okręgowemi, apelacyjnemi i Sądem Najwyższym a to w zakresie projektowanego art. 20., a zarazem uzasadnia wniosek ten, jak w motywach pisemnych do projektu na stronie 71. Referent nadmienia, że z początku sądził, że nie będzie trzeba wprowadzić przymusu adwokackiego do postępowania przed sądami okręgowemi, że jednakże po dokładnem rozważeniu sprawy doszedł do przekonania, że wprowadzenie przymusu adwokackiego ze względów rzeczowych, przytoczonych w motywach, jest konieczne. Licząc się jednakże z brakiem dostatecznej ilości adwokatów w niektórych dzielnicach, przewidział referent przepis przejściowy, sformułowany w art. 4. przepisów przechodnich swego projektu.

A l l e r h a n d jest przeciwnikiem przymusu adwokackiego w sądach okręgowych. Przymus adwokacki jest utrudnieniem dla stron w dochodzeniu ich praw a nadto jest niepotrzebny, skoro sąd z urzędu bada materjał procesowy.

T r a m m e r oświadcza się za przymusem adwokackim w postępowaniu przed sądami okręgowemi. Podobnie jak sąd ma pewne kwalifikacje potrzebne do sądzenia spraw, tak samo i prowadzenie sporów wymaga pewnych kwalifikacji, które posiada adwokat. Wprowadzenie przymusu adwokackiego spowoduje, że kancelarja adwokacka będzie sitem, przez które sprawy do sądu przechodzą, zaś z doświadczenia wie, że wiele spraw sądowych, z któremi się strony zwracają do adwokata o wdrożenie, do sądu wogóle nie przychodzi z tego powodu, ponieważ adwokat, nie widząc widoków powodzenia sprawy, wstrzymuje strony od wnoszenia nieuzasadnionych skarg. W braku przymusu adwokackiego tego rodzaju sprawy bądź przez strony same, bądź za pośrednictwem pisarzów pokątnych znajdą się w sądzie. Skutkiem przymusu adwokackiego sprawy przychodzą przed sąd już należycie przygotowane pod względem materjału faktycznego, w braku interwencji

adwokata, sędzia będzie musiał dopiero pomagać stronom przy zbieraniu materjału faktycznego, co znacznie obarczy sąd. Za wprowadzeniem przymusu adwokackiego przemawia także wzgląd na adwokaturę, lecz wzgląd drugorzędny, skoro bowiem obarcza się adwokatów zastępstwami w sprawach ubogich przed sądem okręgowym, to trzeba im w tych sprawach przyznać także pewien monopol w zastępstwie jako równoważnik.

Skąpski oświadcza się przeciw przymusowi adwokackiemu. Jakkolwiek przyznać trzeba, że z porady adwokata niejedna sprawa nie wpływa do sądu, to jednakże przymus adwokacki nie zapobiega nieuzasadnionym skargom i nie zawsze powoduje należyte przygotowanie materjału faktycznego w procesie.

Stefko przystępuje do wniosku i wywodów referenta.

Litauer jest za przymusem adwokackim — o ile chodzi o zastępstwo na rozprawach w sądach okręgowych. Wątpliwości można mieć co do przymusu odwokackiego tylko odnośnie do pierwszej czynności procesowej, jaką jest skarga. Skarga ta według pojęć francuskich stanowi ius personalissimum strony i tutaj, zdaniem teoretyków francuskich, nie możnaby może narzucać stronie pośrednictwa adwokatów.

Trammer w odpowiedzi Skąpskiemu podnosi, że nadzwyczajne wypadki, którym przymus adwokacki nie zapobiega, nie mogą przemawiać przeciwko przymusowi adwokackiemu. W odpowiedzi zaś na wywody Litauera podnosi, że właśnie skarga jest tą czynnością, w której przedewszystkiem stosowany być winien przymus adwokacki: skarga bowiem jest wdrożeniem sporu i zawiera skonstruowanie tytułu żądania powoda, jest więc najważniejszą czynnością w procesie, która umiejętnie musi być ujęta. Znamienny jest pod tym względem głos Prezesa Sądu Najwyższego, Jana Sawickiego, który w artykule ogłoszonym w »Czasie« z dnia 21 kwietnia 1922 wykazywał konieczność przymusu adwokackiego w postępowaniu przed Trybunałem administracyjnym, zwłaszcza co do pierwszej czynności t. j. do zażalenia, podczas gdy przy rozprawach nie żądał tego przymusu.

Allerhand oświadcza, że gdyby już musiał być wprowadzony przymus adwokacki, to właśnie musiałby odnosić się do pism.

Gołąb: W kwestji poruszonej przez Litauera co do prawa skargi jako ius personalissimum, można zająć różne stanowisko. Z punktu widzenia znawczego nie można »prawa skargi« uważać za samoistne prawo podmiotowe, lecz pojmować je trzeba jako następstwo faktu, że pewne roszczenie dojrzało do dochodzenia. Jeżeli prawo przedmiotowe pojmiemy jako »moc« określoną przez prawo przedmiotowe moc, z której wypływać może szereg poszczególnych »uprawnień«, to jesz-

cze eo ipso nie musimy z tem łączyć koniecznie »roszczenia«. Ostatnie byłoby bowiem bez znaczenia, gdyby nie było skierowane przeciw oznaczonej osobie, gdy tymczasem są prawa podmiotowe, które jak prawo własności nie są z góry skierowane przeciw pewnej osobie, lecz przeciw »całemu światu«. Z roszczeniem znów nie musi być koniecznie połączone t. zw. prawo skargi; roszczenie można np. mieć przeciw dłużnikowi, choć pretensja wierzyciela nie jest jeszcze płatną i dopiero z chwilą płatności pretensji powstanie tu prawo skargi. Ze stanowiska prawa pozytywnego można sobie tworzyć zupełnie inne konstrukcje, które jednak nie obalają tych praw zasadniczych. Wynika stąd, że adwokat może wnieść skargę za stronę, bo to nie jest odrębne jus i nie musi wpływać z t. zw. jus personalissimum, lecz każdego innego prawa podmiotowego. Dalej, jak już wspomniano, prawo pozytywne może ze względów celowości rzecz unormować inaczej. — Jądro prawdy jest w obu poglądach krańcowych, które się wyłoniły w przedmiocie przymusu adwokackiego. Konkluzją będzie, że trzeba przymus ograniczyć do pewnych tylko sporów względnie do pewnych terminów sądowych, uwzględniając też brak adwokatów w pewnych miejscowościach.

Dziurzyński oświadcza się za przymusem adwokackim w postępowaniu trybunalskiem i nadmienia, że gdyby nie specjalne względy, odnoszące się do postępowania przed sądami powiatowemi, oświadczyłby się nawet za przymusem adwokackim wobec sądów powiatowych.

Po omówieniu wyniku dyskusji przez referenta Fiericha, uchwalono wniosek tegoż sześcioma głosami przeciw dwom.

W kwestji, czy strona moze występować obok adwokata ewentualnie pełnomocnika w procesie t. j. zabierać głos wobec adwokata względnie pełnomocnika proponuje referent Fierich przyjęcie potakującej odpowiedzi zgodnie z art. 21. jego projektu, uzasadnionym na str. 72 motywów do projektu.

Stefko sądzi, że należy podkreślić, że to prawo strony, na które się zgadza, odnosić się ma tylko do oświadczeń faktycznych.

Allerhand podnosi, że stronie musi przysługiwać zawsze prawo dyspozycji procesem i że już stąd wynika jej prawo składania oświadczeń obok adwokata względnie pełnomocnika.

Uchwalono jednomyślnie wniosek referenta.

W kwestji, czy sędzia ma z urzędu badać, ażali pełnomocnictwo procesowe udzielone zostało przez stronę adwokatowi:

Ref. Fierich daje odpowiedź potakującą i proponuje przyjęcie artykułu 28. i 29. projektu, uzasadniając to swoje stanowisko, jak w motywach do projektu na str. 75.

Stefko i Litauer popierają to stanowisko, Mańkowski natomiast sądzi, że należałoby wprowadzić przepis odpowiadający niemieckiej procedurze cywilnej.

Uchwalono jednomyślnie zgodnie z wnioskiem referenta.

Posiedzenie z dnia 26 kwietnia 1922.

Obecni: jako przewodniczący Prof. Dr. Fierich, dalej członkowie: Prof. Dziurzyński, Prof. Gołąb, Dr. Mańkowski, Litauer, Prof. Parczewski, Dr. Skąpski, Prof. Stefko, Dr. Trammer.

Na porządku dziennym z początku dalszy ciąg dyskusji nad działem o stronach i ich zastępcach.

W kwestji, kto może działać zamiast strony w procesach nieadwokackich,

Ref. Fierich wnosi, jak w projektowanym ustępie 2. art. 23. Nadmienia, że przepisy te należy uzupełnić przepisami o środkach przeciwko pokątnemu pisarstwu, że jednakże nie tu jest miejsce do unormowaniu tych przepisów.

Prof Parczewski oświadcza dodatkowo do dyskusji z dnia poprzedniego, że jest zasadniczym zwolennikiem przymusu adwokackiego: skoro w sądach powiatowych niema przymusu adwokackiego, należy strony bronić przed pisarstwem pokątnem. Przytacza przykłady z doświadczenia poczynionego za panowania w dawnem Królestwie Kongresowem procedury francuskiej i doświadczenie to skłania go do podkreślenia potrzeby ścisłego unormowania przepisów przeciw pokątnemu pisarstwu.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta z tem, że osobno mają być unormowane przepisy celem zwalczenia pokątnego pisarstwa.

W tem miejscu obejmuje przewodnictwo ponownie prof. Fierich, gdyż z porządku toczyć się ma dyskusja nad działem procedury cywilnej, referowanym przez prof. Gołąba.

V.

Koszta procesowe.

Ref. Gołąb nie zgłasza żadnych kwestyj z tego działu. Ponieważ nikt z obecnych również nie żądał wyjaśnień co do tego działu, przeto przystąpiono do następnego działu.

VI.

O prawie ubogich.

Referent Prof. Gołąb w kwestji, czy należy wysunąć na pierwszy plan kryterjum podatkowe (kto nie jest opodatkowanym, ten musi uzyskać prawo ubogich) i nie uznać t. zw. świadectwa ubóstwa za dostateczne we wszystkich przypadkach dla wykazania niemożności strony do ponoszenia kosztów, odpowiada, jak w art. 1. swego projektu, wnosząc na przyjęcie tego artykułu i uzasadnia to swoje stanowisko, jak w motywach do projektu na stronie 102 i n.

Trammer zwalcza stanowisko Prof. Gołąba. Kryterjum podatkowe zawodzi, zwłaszcza jeżeli chodzi o podatki bezpośrednie, jednych ustawa nie pociąga do obowiązku płacenia podatku, innych nie pociągnięto jeszcze do obowiązku płacenia, jakkolwiek pod ten obowiązek podpadają np. z powodu przeniesienia się z poza granicy, inni potrafią się przez długi czas uchylić od obowiązku płacenia podatków, jak uczy doświadczenie życiowe. Przyznanie wszystkim tym prawa ubogich byłoby dla nich dalszą przemją. Nie można przeto przyjąć, że kto nie płaci podatku bezpośredniego, ma mieć prawo do prawa ubogich w procesie. Kto udowodni w jakikolwiek sposób niemożność majątkową ponoszenia kosztów sporu, powinien uzyskać prawo ubogich.

Parczewski przystępuje do wywodów Trammera.

Litauer, o ile chodzi o wolność od podatków i wpływ na prawo ubogich, podziela zapatrywanie Trammera. Sądzi jednak, że jeżeli ma być udzielone prawo ubogich na podstawie poświadczeń władz administracyjnych, to muszą być sądy związane takiemi poświadczeniami, aby nie powstały konflikty między władzami administracyjnemi a sądem.

Skąpski w sprawie podatków podziela zapatrywanie Trammera; w odpowiedzi Litauerowi zaznaczą, że nie należy się obawiać konfliktu między władzami administracyjnemi a sądowemi, gdyż poświadczenia stosunków majątkowych strony nie zawierają stwierdzenia, że stronie się należy prawo ubogich, lecz stanowią informację, na podstawie której sąd może udzielić prawo ubogich lub odmówi prawa ubogich.

Mańkowski odnośnie do znaczenia podatków podziela zapatrywanie Trammera i zwraca uwagę na to, że w praktyce zachodzi trudność wykazania wolności względem płacenia .podatków i łatwe są nadużycia pod tym względem zwłaszcza, jeżeli strona w kilku miejscach mieszka a w jednej miejscowości tylko jest opodatkowana Zwraca uwagę na okoliczność, że kobiety zamężne nie są wedle ustawy

o podatku dochodowym osobno opodatkowane. Najlepszem byłoby uregulowanie kwestji omawianej wedle przepisów procedury cywilnej niemieckiej. Szczegóły należy odesłać do rozporządzenia wykonawczego.

Litauer zwraca uwagę na to, że należy kwestję prawa ubogich w ten sposób unormować, aby unormowanie to nie było zbyt uciążliwem dla stron, starających się o prawo ubogich.

Parczewski podziela ostatnie zapatrywanie Litauera, zwraca uwagę na stosunki panujące w b. Królestwie Kongresowem i na kresach wschodnich, gdzie władze podatkowe nie są jeszcze zorganizowane należycie, gdzie więc kryterjum podatkowe nie jest do przeprowadzenia. Prawo ubogich należałoby przyznać każdej stronie, która w jakikolwiek sposób wykaże, iż niedostateczność środków materjalnych uniemożliwia jej ponoszenie kosztów procesowych. Strona taka, dążąca do uzyskania prawa ubogich, winna zapomocą całego szeregu świadectw, do którego należeć ma także świadectwo władzy podatkowej, wykazać tę niedostateczność środków majątkowych.

Stefko odnośnie do kryterjum podatkowego przyłącza się do wywodów Trammera. Co do szczegółów projektu prof. Gołąba, to uważa za wskazane wyeliminowanie przysięgi przewidzianej w ustępie 2. artykułu 1. projektu.

W głosowaniu uchwalono pominąć kryterjum podatkowe i przyznać przez sąd stronie prawo ubogich, ilekroć strona wykaże niedostateczność środków materjalnych. Szczegóły co do tego, zapomocą jakich świadectw strona ma wykazać niedostateczność środków materjalnych. należy odesłać do rozporządzenia wykonawczego.

W kwestji, czy i jakie konsekwencje ma mieć prawo ubogich w procesach adwokackich, wnosi ref. Gołąb, jak w art. 31. w art. 6. ustępie 2-gim, w art. 10. w ustępie 3. i w art. 12. swego projektu i uzasadnia to stanowisko, jak w motywach projektu na str. 107, 111 i 112.

Przeciw stanowisku referenta nie podniesiono zarzutów.

W kwestji, czy wprowadzić rzeczowe badanie uprzednie — wnosi ref. prof. Gołąb, jak w artykule 1-szym w ust. 3. swego projektu i uzasadnia wniosek swój, jak w motywach do proprojektu na str. 105.

Parczewski wnosi, by rzeczowe uprzednie badanie opierało się na opinji odnośnej Izby adwokackiej co do widoków prowadzenia procesu.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta.

VII.

O kaucji aktorycznej.

Referent Prof. Gołąb porusza następujące trzy kwestje:

1) czy instytucję kaucji aktorycznej utrzymać w procedurze cywilnej polskiej;

2) czy utrzymać ją z tak daleko idącem ograniczeniem, że już stałe miejsce zamieszkania cudzoziemca w obrębie granic Rzeczypospolitej Polskiej uchyla obowiązek zabezpieczenia?

3) czy konsekwencją instytucji kaucji aktorycznej ma być brak obowiązku pozwanego wdania się w sprawę samą, dopóki jego wniosek na złożenie kaucji nie został rozstrzygnięty, oraz odrzucenie skargi na wniosek pozwanego, jeżeli powód w zakreślonym mu czasokresie kaucji nie złożył.

Na pytania tu postawione odpowiada referent, jak w swym projekcie i motywuje swoje stanowisko, jak w motywach do swego projektu.

Przeciw stanowisku referenta nie podniesiono zarzutów.

VIII.

Postępowanie, część ogólna.

W kwestji, czy przyjąć system doręczenia z urzędu. czy też za inicjatywą i na wniosek stron:

Referent Skąpski oświadcza się za pierwszą alternatywą i wnosi na przyjęcie pod tym względem art. 1. projektu; wniosek ten uzasadnia jak w motywach do swego projektu na stronie 140 i n.

Mańkowski przyłącza się do wniosku i wywodów referenta i na poparcie przytacza niekorzyści połączone w Wielkopolsce z doręczeniem dokonywanem za inicjatywą stron.

Parczewski jest zwolennikiem doręczenia za inicjatywą i na wniosek stron w duchu procedury francuskiej. O ile by to nie było możliwem u nas z uwagi na nasze stosunki, zwłaszcza na powincji panujące, należałoby wprowadzić doręczenie bądź z urzędu, bądź na wniosek i za inicjatywą strony a to wedle wyboru strony, w której interesie leży doręczenie.

Stefko oświadcza się za wnioskiem referenta; za sposobem doręczenia z urzędu przemawia fakt, że większa tu łatwość uzyskania dowodu doręczenia, oraz cała struktura procesu.

Litauer sądzi, że doręczanie z inicjatywy stron byłoby cięża-

rem dla obu stron: doręczenie z urzędu lub za inicjatywą stron wedle wyboru stron, jak to proponuje Parczewski, wywoła tylko zamęt.

Trammer popiera wniosek referenta; za tym wnioskiem przemawia także wzgląd na przepisy prawa materjalnego, wedle którego wniesienie skargi do sądu przerywa przedawnienie skargi, — otóż, wnosząc skargę za pośrednictwem sądu, który następnie doręcza skargę pozwanemu, strona powodowa stwarza łatwy i ścisły dowód na czas wniesienia skargi.

W głosowaniu uchwalono wniosek referenta siedmioma głosami przeciw jednemu.

W kwestji, czy można doręczyć skargę przy zachowaniu szczególnych okoliczności także nie do rąk własnych pozwanego,

Referent Skąpski daje odpowiedź potakującą, wnosi na przyjęcie art. 15. projektu i uzasadnia wniosek, jak na str. 145 motywów do projektu.

Opozycji nie podniesiono.

Trammer wskazuje na potrzebę wystylizowania projektowanego artykułu 15. w ten sposób, by było niewątpliwem, że artykuł ten ma mieć zastósowanie tylko wtedy, gdy pozwany faktycznie jest obecny w miejscowości. w której ma nastąpić doręczenie.

W kwestji, czy w pismach procesowych (przygotowawczych) dopuszczalne są wywody prawne ewentualnie w jakich, oraz jakie stosować rygory zapobiegawcze przeciw nadużyciom pisma,

Referent Skąpski daje odpowiedź zgodną z projektowanym przez referenta artykułem 29 i 32, a zarazem uzasadnia to swoje stanowisko, jak w motywach do projektu na str. 148 i 149.

Trammer oświadcza się za artykułem 29. wszelako przeciw rygorom z art. 32., w szczególności przeciw możności odrzucenia pisma przygotowawczego, zawierającego rozwlekłe wywody prawne. Ocenienie, czy pismo zawiera rozwlekłe wywody prawne, czy też nie, jest indywidualne, gdyż jeden sędzia znajdzie rozwlekłość tam, gdzie jej drugi sędzia się nie dopatrzy, w różnych sądach lub nawet oddziałach sądowych wytworzy się przeto różna praktyka. Nadto — w piśmie, które możliwie zawiera rozwlekłe wywody prawne, mogą być zamieszczone także twierdzenia faktyczne; pocóż więc takie pismo odrzucać? czy po to, by twierdzenie faktyczne strona, której pismo odrzucono, musiała powtórzyć dopiero przy rozprawie, gdzie muszą znowu być twierdzenia te zaprotokołowane? To tylko obarczy rozprawę. Nieprzy-

znanie kosztów za obszerne wywody prawne jest dostatecznym środkiem do zwalczenia takich wywodów.

Parczewski przyłącza się do wywodów Trammera, podnosząc, że projektowany art. 32. przyczyniłby się tylko do wytworzenia samowoli sędziowskiej; oświadcza się przeto przeciw wszystkim rygorom z art. 32. W szczególności kara bez dokładnego określenia czynu karygodnego jest bezpodstawną. Zresztą, zdaniem mowcy, wywody prawne pisma są często bardzo pożyteczne.

Fierich wskazuje na stosunki panujące we Francji, przedstawione przez Glassona, a świadczące o nadużywaniu pism przygotowawczych przez zamieszczanie w nich obszernych wywodów prawnych. Dlatego uważa odrzucenie pism przygotowawczych, wykraczających przeciwko zakazowi obszernych wywodów za uzasadnione, jeżeli pisma takie zawierają tylko tego rodzaju wywody a nic innego.

Gołąb przyłącza się do stanowiska Skąpskiego, żąda jednak by w art. 29. projektu zamieszczono zamiast słów »rozwlekłe wywody« wyrazy »rażąco rozwlekłe wywody«.

Stefko jest zwolennikiem prawnych wywodów w pismach, informują one sędziego i przygotowują przeciwnika. Nieuzasadniony jest zarówno rygor odrzucenia pism rozwlekłych, jak i rygor grzywny: wystarczy odpowiednie postanowienie o odmówieniu kosztów procesowych, spowodowanych rozwlekłemi pismami. Trzeba się liczyć z wymogami życia praktycznego. Zresztą wytyka niedokładną stylizację pierwszego zdania art. 32.

Litauer jest za przyjęciem art. 29., natomiast za skreśleniem rygorów z art. 32.

Dziurzyński przyłącza się do wywodów Trammera i Stefki, zaś Mańkowski do wywodów Skąpskiego z ograniczeniem dodanem przez prof. Fiericha.

Fierich konstatuje w dyskusji pewien zwrot od ustności ku pisemności, zwrot, który objawia się także w nowych procedurach szwajcarskich. Ponieważ jednak pismo ma tylko przygotować rozprawę, przeto winno się ograniczać do przytoczeń faktycznych i krótkich wywodów prawnych. Dodatek proponowany przez Gołąba do art. 29. uważa za trafny. Grzywna jako rygor jest niepotrzebna.

Referent Skąpski obstaje przy swem stanowisku. Trzeba bronić ustności i bezpośredniości postępowania, którym to zasadom procesowym zagraża rozwlekłość pism. Skoro zaś tak się rzecz ma, to musi się zaprowadzić rygory, które zapobiegną rozwlekłości pism. Inaczej powrócimy do takich stosunków, jakie panowały w Austrji przed wprowadzeniem w r. 1898 procedury cywilnej i jakie panują dziś we Francji.

W głosowaniu uchwalono zasadę art. 29. z tem, że niedopuszczalne są pisma zawierające »rażąco« rozwlekłe wywody (sześć głosów przeciw dwom); natomiast przeciw rygorowi z art. 32. oświadczono się pięcioma głosami przeciw trzem.

W kwestji, czy sąd musi uwzględnić zgodny wniosek stron na odroczenie audjencji,

Ref. Skąpski oświadcza się przecząco i wnosi na przyjęcie art. 42. projektu; uzasadnia to stanowisko jak w motywach do projektu na str. 151 i 152,

Parczewski zwalcza stanowisko referenta. Strony zazwyczaj wtedy zgodnie wnoszą na odroczenia audjencji, gdy się godzą w samej rzeczy, gdy jednak jeszcze w pewnym kierunku sprawa wymaga porozumienia się, odroczenie rozprawy wśród takich warunków jest ulgą dla sądu, odmówienie zaś odroczenia utrudnia ugodę; niema przeto podstawy do przymuszenia stron do rozprawy, gdy obie strony jej nie chcą.

Mańkowski oświadcza się za referentem; skłania go do tego doświadczenie poczynione w Wielkopolsce, gdzie z powodu zgodnych odraczań audjencji na żądanie stron sprawy się nie kończyły; odraczanie audjencji jest połączone ze stratą czasu, gdyż do audjencji muszą się sędziowie przygotować. W odpowiedzi Parczewskiemu podnosi mowca, że strony mogą się zgodzić na spoczywanie procesu, jeżeli nie chcą odbyć rozprawy.

Litauer sądzi, że należy uwzlędnić i interes sądu i interes stron. Możność dowolnego odraczania audjencji na żądanie obu stron należy ograniczyć przez odpowiednie wystylizowanie przepisu, o który chodzi, np. przez nadanie mu brzmienia: »Sąd może nie odroczyć rozprawy, chociaż obie strony na to się godzą, jeżeli niema po temu ważnej przyczyny«. Natomiast interes stron wymaga, aby sąd odroczył rozprawę, jeżeli obie strony o to proszą na pewien czas przed dniem rozprawy, a to za przykładem §-fu 240 węg. proc. cyw.

Gołąb oświadcza się za referentem, gdyż autonomja stron nie wymaga dowolnego odraczania audjencji na żądanie stron obu. Mowca jest nawet za dalszem ograniczeniem sądu w odraczaniu rozpraw z urzędu.

Parczewski oświadcza dodatkowo, że nie wystarcza mu propozycja Litauera.

W głosowaniu przyjęto wniosek referenta sześcioma głosami przeciw dwom.

W kwestji, czy przyjąć obowiązek prawdomówności

stron i jak zabezpieczyć taką zasadę w razie jej przyjęcia,

Ref. Skąpski oświadcza się za przyjęciem takiego obowiązku stron i wnosi na przyjęcie projektowanego art. 82; stanowisko to uzasadnia, jak w motywach do projektu na str. 166.

Parczewski oświadcza się przeciw projektowanemu art. 82. w całości. W razie przyjęcia takiego artykułu sąd cywilny przemieni się w sąd karny, a artykuł taki może być podstawą szykanowania stron.

Stefko oświadcza się również przeciw art. 82. Ustęp pierwszy tego artykułu jest niepotrzebny, gdyż sędzia procesowy nie prowadzi śledztwa. Strony mają nieraz interes w tem, by zgodnie przyznać pewne nieprawdziwe fakta, a nieraz jedna strona ma ważny interes w tem, by pewien fakt zaprzeczyć. Nie można za to karać strony.

Mańkowski jest za utrzymaniem drugiego zdania art. 82. z opuszczeniem słów »bezzasadność zaprzeczenia«; pierwszy ust. 82. jest niepotrzebny.

Trammer sądzi, że jeżeli się chce utrzymać drugie zdanie artykułu 82., to należy zatrzymać pierwsze zdanie tego artykułu; drugie zdanie zawiera bowiem rygor na przekroczenie nakazu objętego pierwszem zdaniem, stanowi także przejście do drugiego zdania. Co się tyczy drugiego zdania, to należy mu nadać taką stylizację, aby nie prowadził do szykanowania stron; przedewszystkiem należy w niem opuścić słowa »bezzasadne zaprzeczenie«, jak to już poruszył Mańkowski, gdyż każde zaprzeczenie w procesie można po przeprowadzeniu dowodów w miarę wyniku dowodów uznać za bezzasadne.

Skąpski obstaje przy utrzymaniu pierwszego ustępu art. 82. z przyczyn podanych przez przedmowcę oraz przy utrzymaniu drugiego ustępu tego artykułu — ewentualnie z opuszczeniem słów »bezzasadne zaprzeczenie«.

W głosowaniu uchwalono zatrzymać pierwszy ustęp art. 82. pięcioma głosami przeciwko trzem, oraz w sasadzie ustęp drugi art. 82. z opuszczeniem słów »bezzasadne zaprzeczenie« sześcioma głosami przeciw dwom.

Posiedzenie z dnia 27. kwietnia 1922

Obecni jak w dniu poprzednim.

Na porządku dziennym z początku dalszy ciąg dyskusji nad częścią ogólną postępowania.

W kwestji, czy faktyczne twierdzenie stron stanowić mają obligatoryjną, czy fakultatywną od uznania sędziego zależną część protokółu,

Referent Skąpski przedstawia w art. 102. projektu do wyboru albo postanowienie, że w protokole należy przytoczyć faktyczne twierdzenia stron co do istotnych okoliczności (lit. f. art. 102) albo postanowienie, że od uznania sądu zależy, czy oprócz obligatoryjnej części protokołu podanej w art. 102. pod lit. a) do e) zamieścić także inne szczegóły w protokole (ostatnie zdanie art. 102). Mowca proponuje alternatywę dlatego, ponieważ dziś niewiadomo jeszcze, jaka będzie struktura środków prawnych zwłaszcza apelacji; ze swej strony oświadcza się za drugą alternatywą i uzasadnia ją, jak w motywach na stronie 173 i 174.

Trammer oświadcza się za przyjęciem pierwszej alternatywy t. j. za postanowieniem, że w protokole należy przytoczyć faktyczne twierdzenia stron co do okoliczności istotnych. Nie można pozostawić uznaniu sędziego, czy i które okoliczności faktyczne chce zamieścić w protokole, gdyż jeden sędzia wszystko każe protokołować, drugi zaś nic. Procedura musi być jednakowa dla wszystkich sądów. Interes stron wymaga bez względu na strukturę środków prawnych, by istotne fakta były w sądzie I. instancji zaprotokołowane. Strona musi mieć dowód na to, że pewne fakta już poprzednio przytoczyła, gdy spotka się z zarzutem, że zapóźno twierdzenia faktyczne wprowadza; stwierdzenie w protokole pewnych twierdzeń stron jest kontrolą, czy strona, dążąca do wznowienia procesu i opierająca to wznowienie na rzekomo nowych faktach, nie miała już wiadomości poprzednio o tych faktach.

Stefko przyłącza się do wywodów przedmówcy i podnosi, że kwestja omawiana wyraźnie wskazuje na to, jak ważne znaczenie ma wnoszenie pism przygotowawczych, zawierających wszystkie fakta twierdzone przez stronę.

Mańkowski jest za pozostawieniem swobody sędziemu, aby nie musiał tracić czasu na obszerne protokołowacie twierdzeń faktycznych stron. Wystarczy, jeżeli sędzia dla siebie poczyni krótkie uwagi ołówkowe, które zużytkuje przy następnych audjencjach.

Litauer przedstawia praktykę sądową odnośnie do protokołu w b. Królestwie Kongresowem, gdzie w procedurze cywilnej niema przepisów o protokole. W drodze praktyki wytworzyło się jednakże protokołowanie wszystkich istotnych twierdzeń stron, co wskazuje na potrzebę życiową. Dlatego jest za zamieszczeniem w protokole wszystkich istotnych okoliczności faktycznych, objętych twierdzeniem stron.

Trammer w ponownem przemówieniu obstaje przy swem zapatrywaniu poprzedniem, a w odpowiedzi Mańkowskiemu podnosi, że krótkie notatki robione przez sędziego podczas rozprawy nie wystarczają nieraz dla tego samego sędziego przy następnych audjencjach,

gdy już pamięć go zawiodła, a nie mają już żadnej wartości w razie zmiany sędziego dla następnego sędziego lub dla sądu wyższej instancji. Notatki takie nie mają zresztą oficjalnego znaczenia.

Dziurzyński przyłącza się do wywodów Trammera w całej pełni.

Gołąb podziela to samo stanowisko, podkreśla jednakże potrzebę zwięzłości w protokołowaniu.

Stefko w ponownem przemówieniu podkreśla potrzebę zabezpieczenia prawa stron w tym kierunku, by w aktach znajdowało się wszystko istotne, co strona przytoczyła, inaczej krzywdzi się strony.

Mańkowski w ponownem przemówieniu obstaje przy swojem stanowisku dla postępowania przed sądami okręgowemi, godząc się na stanowisko Trammera jedynie w postępowaniu przed sądami powiatowemi. Gdyby przyjęto, że protokół ma obejmować faktyczne twierdzenia stron co do wszystkich istotnych okoliczności, należałoby zgodnie z uwagą prof Gołąba kłaść nacisk na zwięzłość.

W głosowaniu przyjęto zasadę, że faktyczne twierdzenia stron co do istotnych okoliczności mają być objęte protokołem a to sześcioma głosami przeciwko dwom.

W kwesji, czy wprowadzić umorzenie sporu przez spoczywanie.

Ref. Skąpski oświadcza się potakująco i wnosi na przyjęcie art. 118. projektu. Uzasadnia to stanowisko, jak w motywach na str. 176.

Litauer uważa za wskazane wyraźne zaznaczenie w projektowanym przepisie, czy umorzenie procesu następuje na wniosek strony, czy też następuje automatycznie.

Parczewski podziela zapatrywanie Skąpskiego, wszelako sądzi, że umorzenie powinno nastąpić tylko na żądanie jednej ze stron, gdyż niejednokrotnie spoczywanie procesu ma uzasadnione powody faktyczne. Wyrażenie »spoczywanie sporu« uważa za nieodpowiednie, dałoby się ono zastąpić wyrazem »niedziałanie«.

Stefko uważa zasadę wyrażoną w art. 118. za niebezpieczną np. wtedy, gdy z powodu długiej wojny następuje spoczywanie sporu lub gdy o spoczywaniu spadkobiercy strony procesowej, która na spoczywanie się zgodziła, nie wiedzą. Dlatego jest za opuszczeniem przepisu proponowanego przez referenta.

Litauer uważa spoczywanie sporu za niepotrzebną instytucję: jeżeli się jednak instytucję tę przyjmie, to umorzenie sporu w przypadku art. 118. winno nastąpić automatycznie. Zamiast spoczywania sporu wystarczy faktyczny stan niedziałania w procesie np. przez

trzy lata, umorzenie winno nastąpić na skutek wniosku strony pilniejszej.

Fierich przedstawia z punktu widzenia teorji pojęcie zastoju procesowego i jego rodzaje. Jednem z rodzajów zastoju procesu jest spoczywanie procesu, które w racjonalnym zastoju procesie winno znaleść prawo obywatelstwa. Instytucja umorzenia sporu zapożyczona z Francji winna być przyjętą. Między omawianą instytucją a instytucją przedawnienia istnieje pewna analogja.

Ref. Skąpski w odpowiedzi na uwagi Litauera i Parczewskiego podkreśla, że wedle jego projektu umorzenie z art. 118. ma nastąpić automatycznie.

W głosowaniu przyjęto projekt referenta sześcioma głosami przeciwko dwom

Parczewski ze swej strony, po wyczerpaniu kwestji poruszoszonych przez referenta, zwraca uwagę na niestosowność postanowień ustępu 2. i 3. art. 87. projektu referenta. Przyznanie sędziemu prawa polecenia stronie, by pod rygorem przewidzianym w art. 87. ustanowiła względnie zmieniła pełnomocnika procesowego jest niebezpieczne w rękach sędziego niekwalifikowanego, jakich będzie wielu na kresach wschodnich; poprostu dla wygody sędzia taki będzie odsyłał strony do pełnomocników, zwłaszcza w sporach przedstawiających się sędziemu jako trudniejsze.

Mańkowski przyznaje, że we wyjątkowych wypadkach przepis taki może być niebezpieczny, w normalnych warunkach jednakże jest potrzebny.

Litauer przyłącza się do stanowiska Parczewskiego, który formułuje swój wniosek w ten sposób, by skreślić postanowienie ustępów 2. i 3. art. 87.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem Parczewskiego pięcioma głosami przeciwko trzem.

Parczewski sądzi, że postanowienie o ferjach sądowych (art. 54. do 58. proj. referenta) nie należy do procedury cywilnej. Powinno to być zamieszczone w oddzielnej ustawie albo w ustawie o organizacji sądów.

Stefko sądzi, że postanowienie o ferjach sądowych należy do procedury cywilnej, gdyż w procedurze musi być określone, jaki wpływ na proces wywierają ferje sądowe.

Litauer sądzi, że ogólne postanowienia o ferjach sądowych powinny być zamieszczone w ustawie o organiżacji sądowej, zaś w procedurze należy zamieścić postanowienia o wpływie feryj na proces.

W każdym razie pełnomocnictwo przyznane w art. 57. Ministerstwu Sprawiedliwości idzie za daleko.

Postanowiono za zgodą Parczewskiego przekazać sprawę poruszoną do porozumienia się między Komitetem redakcyjnym a Komitetem utworzonym dla ustawy o organizacji sądowej.

W tem miejscu z powodu objęcia referatu przez przewodniczącego Prof. Fiericha obejmuje na czas tego referatu przewodnictwo wiceprezes Sekcji Litauer.

IX.

Postępowanie przed sądami okręgowymi

W odpowiedzi na kwestję, czy wprowadzić do polskiej procedury cywilnej w postępowaniu przed sądami, okręgowymi taką strukturę procesu, której myślą przewodnią jest odciążenie rzprawy głównej,

Ref. Fierich przedstawia strukturę postępowania przed sądami okręgowemi zgodnie ze swoim projektem, zamieszczonym w Polskiej Procedurze cywilnej na str. 177 do 184 i uzasadnia swój projekt jak w motywach na str. 185 do 206; oprócz materjału tam naprowadzonego przedstawia referent wyniki statystyki, sporządzonej w przedmiocie ilości wyroków zaocznych względnie z omieszkania w Małopolsce zachodniej, następnie w Warszawie i w Poznańskiem. — Odnośne tabele statystyczne przedkłada referent do protokołu jako załączniki 1), 2), 3).

Biorąc za podstawę załączone wykazy statystyczne dochodzi referent do wniosku, iż w razie przyjęcia proponowanej koncepcji zmniejszy się w całej Polsce potrzeba odbywania rozpraw, na których dopiero byłby zapadł wyrok zaoczny z powodu niejawienia się pozwanego. Mniej więcej nastąpi to w r. 70.000—80.000 przypadkach w jednym roku.

Niewątpliwie to utwierdza dodatnie strony koncepcji, bo odciąża znacznie stan sędziowski, w następstwie tego i koszta, połączone z administracją sądownictwa. Z drugiej strony zmniejsza koszta powoda, który nie potrzebuje przybyć na posłuchanie sądowe. Pozwany jest o tyle w lepszem położeniu przy omawianym stanie rzeczy, o ile wobec zmniejszonych kosztów powoda również i pozwany narażony będzie na mniejsze koszta procesowe.

Mowca porównuje koncepcję proponowaną ze strukturą procedury austrjackiej, rosyjskiej, niemieckiej i stara się przykładowo przedsta-

wić, że struktura projektowana jest praktyczniejszą od każdej z dzielnicowych procedur cywilnych.

Następnie referent omawia możliwe zarzuty przeciwko proponowanej koncepcji. Najpoważniejszym zarzutem byłby zarzut, że strony w tych okręgach sądów apelacyjnych, w których czasowo przymus adwokacki nie będzie obowiązywał, będą narażone na trudności w razie potrzeby wniesienia odpowiedzi na skargę. Otóż, tę najważniejszą trudność, natury przejściowej usuwa przepis ustawy przechodniej, według którego w podobnym przypadku pozwany będzie mógł wnieść odpowiedź na skargę protokolarnie.

Koncepcja ta, wyposażona w znaczną energję procesową ma, z punktu widzenia celowości, niezaprzeczone przymioty.

W nieobecności koreferenta Allerhanda w zastępstwie jego przedstawia Trammer strukturę procesu wobec sądu okręgowego projektowaną przez Allerhanda, jak w Polskiej Procedurze cywilnej na str. 224 i n. i wskazuje różnicę istotną między strukturą prof. Allerhanda a strukturą referenta, polegającą na tem, że odpowiedź na skargę wedle koreferenta Allerhanda nie jest obligatoryjną i że zaoczność może nastąpić dopiero na skutek niejawienia się na audjencji wyznaczonej do rozprawy ustnej.

Stefko przyłącza się do stanowiska referenta. Godzi się na obligatoryjność odpowiedzi na skargę i uważa treść odpowiedzi na skargę, tak, jak ją referent podaje za trafną. Odpowiedź na skargę niema być jednakże tylko czczą formalnością, lecz ma być pismem, które istotnie przygotuje rozprawę. Potrzeba przygotowania rozprawy przemawia za tem, by nie ograniczono ilości dalszych pism fakultatywnych tylko do dwóch, gdyż nieraz zachodzi potrzeba większej ilości pism. Aby zapobiec opaźnianiu się stron we wprowadzeniu materjału faktycznego w pismach na czasie, należy przewidzieć możność niedopuszczenia późniejszych twierdzeń spóźnionych. Grzywny na to nie potrzeba.

Mańkowski podziela zapatrywanie referenta, akceptuje jego strukturę i przyłącza się do wywodów Stefki co do rygorów na opóźnienie wprowadzenia materjału faktycznego; sądzi jednak, że oprócz prekluzji należy przewidzieć także grzywnę.

Fierich w odpowiedzi na przemówienie przedmówców podnosi, że rygor na opóźnienie we wprowadzeniu materjału faktycznego przewidziany jest w ustępie drugim art. 81. referatu Skąpskiego (str. 132). Co się tyczy zaś wskazanej przez Stefkę ewentualnej potrzeby dalszych pism przygotowawczych ponad dwa pisma, to uwagę tę weźmie pod rozwagę.

Parczewski jest za strukturą procesu projektowaną przez referenta. Uważa, co się samo przez się rozumie, że obowiązkowa odpo-

wiedź na skargę, ma być tylko w zwykłem postępowaniu przed sądami okręgowemi, że odpadnie przy nadzwyczajnych postępowaniach, jak w postępowaniu opartem na dokumentach, postępowaniu wekslowem. Co do rygorów przeciw późnemu wprowadzeniu materjału faktycznego, podziela zapatrywanie prof. Stefki.

Skąpski akceptuje strukturę referenta. Z uwagi na przepis przechodni do projektu referenta sądzi, że wówczas, gdy strona mieszka w okręgu sądu powiatowego, który ma siedzibę w siedzibie sądu okręgowego, może strona protokolarną odpowiedź na skargę wnieść do protokołu sądu okręgowego a nie do protokołu sądu powiatowego.

Trammer akceptuje strukturę referenta, zauważa jednak, że do odpowiedzi na skargę musi być przewidziany dłuższy czasokres, jak 21-dniowy z art. 6. projektu; ten czasokres jest krótki, zwłaszcza w przypadkach, kiedy doręczenie skargi następuje za granicą, skąd pozwany musi dopiero poinformować się co do osoby pełnomocnika procesowego w kraju i udzielić mu informacji.

Litauer strukturę referenta akceptuje zwłaszcza z uwagi na materjał statystyczny, przez referenta przedstawiony. Podziela zapatrywanie Skąpskiego co do możności wniesienia protokolarnej odpowiedzi na skargę w sądzie okręgowym, zamiast w sądzie powiatowym. — Należy obmyśleć rygory zmierzające do tego, by strony nie spaźniały się z przytaczaniem na czasie materjału faktycznego; wszelako nie jest zwolennikiem rygoru przewidzianego przez Skąpskiego w art. 81. referatu tegoż, ani nie jest zwolennikiem grzywien. Odpowiedź na skargę powinna być wyczerpującą, inaczej powinna być uważaną za niewniesioną. Artykuł 17. jest mowcy niejasnym. — Wyrażenie wyrok »z omieszkania« uważa za niewłaściwe i sądzi, że należałoby je zastąpić wyrazem »wyrok zaoczny«.

Dziurzyński wyjaśnia znaczenie art. 17. projektu.

Fierich zgadza się na uwagę Skąpskiego, oraz udziela wyjaśnienia do art. 17. projektu.

W głosowaniu uchwalono jednomyślnie strukturę procesową referenta t. j. proces z obligatoryjną odpowiedzią na skargę pod rygorem zaoczności.

W kwestji, kiedy mają być wprowadzone t. zw. zarzuty uprzywilejowane procesowe, jakie ekscepcje tutaj zaliczyć należy, wreszcie czy wspomniane ekscepcje mają charakter wstrzymujący wdanie się w spór,

Ref. Fierich wnosi, jak w art. 15. i 16. projektu i uzasadnia jak w motywach do swego projektu na str. 217 i 218.

Przeciw stanowisku temu nie podniesiono zarzutów.

W kwestji, czy w Polskiej Procedurze Cywilnej wprowadzić postępowanie przygotowawcze na wzór procedur nowożytnych, jak austrjackiej, niemieckiej i węgierskiej,

Ref. Fierich wnosi na przyjęcie postanowień art. 26. do 32. projektu i uzasadnia stanowisko swoje, jak w motywach do projektu na stronie 222 i 223.

Skąpski oświadcza się przeciw wprowadzeniu do procedury cywilnej polskiej postępowania przygotowawczego. Wobec tego, że ustawa o organizacji sądowej niemal dla wszystkich sporów wprowadza instytucję sędziego jednoosobowego, postępowanie przygotowawcze będzie bezprzedmiotowe, gdyż prawie we wszystkich przypadkach musiałby postępowanie przygotowawcze przeprowadzać sędzia jednoosobowy a więc ten sam sędzia, który przeprowadza rozprawę i orzeka w rzeczy samej. W Austrji z możności przeprowadzenia postępowania przygotowawczego bardzo rzadko kiedy korzystano.

Parczewski jest zdania, że i w procedurze francuskiej korzystne rezultaty przyniosło postępowanie przygotowawcze. Dlatego jest za utrzymaniem postępowania przygotowawczego w Polskiej Procedurze cywilnej, gdzie okazać się może praktycznem zwłaszcza w sporach rachunkowych.

Mańkowski sądzi, że także przy przekazaniu przeważnej ilości spraw sędziemu samoistnemu wedle projektowanego ustroju sądowego zawsze znajdą się przypadki w postępowaniu należącem do jurysdykcji handlowej t. j. w sporach między spólnikami, w których postępowanie przygotowawcze okaże się praktycznem. Dlatego jest za zatrzymaniem w Polskiej Procedurze cywilnej instytucji postępowania przygotowawczego. Przy apelacji z prawem nowości może postępowanie przygotowawcze okazać się także praktycznem w postępowaniu apelacyjnem.

Trammer oświadcza się przeciw instytucji postępowania przygotowawczego w Polskiej Procedurze cywilnej. Jak wynika z argumentu Skąpskiego, postępowanie przygotowawcze rzadko kiedy będzie miało praktyczne zastósowanie tak, że nigdy prawie sąd nie będzie korzystał z tego postępowania. Szereg przepisów odnoszący się do postępowania przygotowawczego byłby przeto balastem dla ustawy o procedurze cywilnej.

Skąpski w odpowiedzi Mańkowskiemu zauważa, że dla po-

stępowania apelacyjnego można przewidzieć specjalne przypadki, w których sąd apelacyjny może poruczyć wykonanie pewnych czynności jednemu sędziemu.

Litauer konstatuje, że w procedurze rosyjskiej postępowania przygotowawczego niema; istnieje w b. Królestwie Kongresowem tylko osobne postępowanie działowe, unormowane w ustawie cywilnej. Ponieważ instytucja postępowania przygotowawczego może być pożyteczną, przeto nie należy jej wykluczyć z procedury cywilnej. Przechodząc do stylizacji projektowanego art. 26. sądzi, że należałoby opucić w tym artykule wyrazy »lub podobne sprawy«.

Fierich wyjaśnia, że dyskusja rozwijała się, biorąc za podstawę stan rzeczy różny od projektu referenta. W art. 26. i 27. swojego projektu referent w tych tylko sprawach uważa za możliwe wdrożenie postępowania przygotowawczego, które są zastrzeżone kollegium. Tem samem wywody Skąpskiego oparte na przesłance, że i przy postępowaniu prowadzonem przez sędziego samoistnego, będzie możliwem postępowanie przygotowawcze — są niezgodne z osnową projektu referenta.

Postanowiono sprawę do rozstrzygnięcia przekazać Komitetowi redakcyjnemu.

Posiedzenie z dnia 28 kwietnia 1922 r.

Obecni jak poprzednio i Dr. Allerhand.

Przewodniczy Prof. Fierich.

X.

O dowodach.

Na pytanie, czy umieścić w procedurze cywilnej przepis o podziale ciężaru dowodzenia, w razie potakującej odpowiedzi, czy projektowana przez referenta Litauera stylizacja co do istoty rzeczy nie nastręcza wątpliwości,

Ref. Litauer odpowiada potakująco na pierwsze pytanie i wnosi na przyjęcie art. 1. projektu swego, uzasadniając wniosek swój, jak na stronie 277 i n. motywów do projektu.

Prof. Dziurzyński wysuwa na pierwszy plan kwestję, czy uregulowanie materji należy do prawa cywilnego materjalnego, czy do prawa procesowego i dochodzi do przekonania, że należy do prawa procesowego. Mimo to sądzi jednakże, że kwestja ciężaru dowodu nie powinna być uregulowaną w Polskiej Procedurze cywilnej, podobnie,

jak to było w procedurze austrjackiej i w procedurze niemieckiej, gdyż uregulowanie jest bardzo trudne i napotyka na nieprzezwyciężone trudności. Co się tyczy projektowanego przez referenta przepisu, to stylizacja projektowana nie jest dobrą. I tak wedle projektowanej stylizacji strona winna udowodnić fakty uzasadniające jej »prawo«; tymczasem nie w każdym procesie chodzi o udowodnienie prawa np. w procesie wdrożonym na podstawie skargi ustalającej ujemnej. Dalej wedle projektowanego brzmienia, ma pozwana strona udowodnić fakta wyłączające »byt« prawa powoda. Otóż, w procesach często się zdarza, że pozwany nie kwestjonuje bytu prawa powoda, lecz przeciwstawia żądaniu powoda, a więc prawu powoda osobne prawo.

T r a m m e r przyłącza się do wywodów Dziurzyńskiego i podnosi, że zrezygnować należy z unormowania przepisu, który nastręcza tak znaczne trudności, a bez którego można sobie w praktyce dać radę, jak to dotychczasowa praktyka poucza. O ileby nie zamieszczono w procedurze cywilnej przepisu o ciężarze dowodu, należałoby to usprawiedliwić w motywach i zużytkować w motywach materjał przytoczony przez referenta.

A l l e r h a n d uważa przepis o ciężarze dowodu za przepis natury procesowej, jest jednakże z motywów przytoczonych przez Dziurzyńskiego za pominięciem unormowania ciężaru dowodów w procedurze. Mowca porusza wątpliwość czy dzisiaj, skoro sąd może z urzędu dopuszczać dowody wogóle istnieje racjonalna potrzeba unormowania poruszonej tu kwestji.

D z i u r z y ń s k i w ponownem przemówieniu w odpowiedzi Allerhandowi stwierdza, że także dzisiaj pomimo możności dopuszczenia dowodów z urzędu przez sąd istnieje ciężar dowodowy ze względu na to, że w razie nieudowodnienia pewnych faktów, jedną ze stron spotkać mogą skutki nieudowodnienia tych faktów.

G o ł ą b uważa przepis projektowany za zbyteczny, a zamieszczenie przepisu nawet za szkodliwe dla praktyki, gdyż wywoła wątpliwości w niektórych przypadkach, w których dzisiaj z powodu braku unormowania wątpliwości takich nie ma.

Co do stylizacji projektowanego art. 1-go uważa, że użycie wyrazu »strona winna udowodnić« nie jest trafne, gdyż wywołać może przeświadczenie, że strona musi podjąć się czynności zmierzających do udowodnienia faktu, że ją przeto do tego można zmusić.

P a r c z e w s k i wobec stanowiska Allerhanda, który kwestjonuje ciężar dowodu, jest za wprowadzeniem przepisu projektowanego przez referenta: przepis taki zapobiegnie także dowodom z urzędu, których przeciwnikiem jest mowca.

S t e f k o przyznaje, że ciężar dowodu ma znaczenie w procesie

dzisiejszym, jak to Dziurzyński wyjaśnił. Zamieszczenie przepisu należycie stylizowanego nasuwa jednakże takie trudności, że lepiej nie starać się o jego skonstruowanie.

Mańkowski uważa, że przepis projektowany nie jest potrzebny; w praktyce dotychczas brak przepisu ani w Małopolsce ani w Wielkopolsce nie stanowił trudności. Znaczenie przepisu o ciężarze dowodu zmniejszyło się obecnie przez wprowadzenie dowodu z przesłuchania stron.

Skąpski przyłącza się do stanowiska Dziurzyńskiego i podnosi, że na wszelki wypadek stylizacja art. 1 jest za ciasna, również nie jest uzasadnione rozdzielenie w czasie dowodów ciążących na powodzie od dowodów ciążących na pozwanym. Przypadek, w którym niekorzystne skutki nieudowodnienia pewnych okoliczności stronę spotkają, zdarzy się wyjątkowo wśród okoliczności, wśród których i sędzia nie będzie mógł z urzędu dopuścić dowodów.

Litauer sądzi, że trudności, jakie wykazują poszczegolni mowcy, nie powinny odstraszyć od próby ujęcia ciężaru dowodowego w pewne przepisy prawne. Dlatego należałoby w zasadzie zgodzić się na wprowadzenie postanowienia o ciężarze dowodowym do procedury cywilnej i polecić odpowiednie zredagowanie przepisu odnośnego Komitetowi redakcyjnemu.

Uchwalono sześcioma głosami przeciwko trzem przekazać całą sprawę omawianą Komitetowi redakcyjnemu z tem, iż poszczególni członkowie Sekcji winni poczynić swoje uwagi i przesłać je Komitetowi redakcyjnemu.

Posiedzenie z dnia 29 kwietnia 1922 r.

Obecni, jak poprzednio.

Na porządku dziennym dalszy ciąg dyskusji nad referatem o dowodach.

W kwestji, czy przyjąć zasadę, że sąd może z urzędu nakazać przedstawienie lub przeprowadzenie dowodu nawet przez stronę niepowołanego, jeżeli w toku sprawy wyjaśniło się istnienie tego dowodu, oraz czy w razie twierdzącej odpowiedzi na tę kwestję zamieścić w procedurze przepis, że zgodne wypowiedzenie się obu stron przeciw takiemu dowodowi powoduje wyłączenie dowodu,

Przewodniczący Fierich nie zabierając głosu w rzeczy samej stwierdza, że w dyskusji w ostatnich dniach zarysowały się dwa rzekomo sprzeczne poglądy w przedmiocie zbierania materjału procesowego, tak,

jakby to były dwa obozy, z których jeden broni tezy gromadzenia z urzędu materjału, tę reprezentował głównie Allerhand i drugi obóz reprezentowany głównie przez Stefkę i Dziurzyńskiego: że strony gromadzą, a sąd im tylko dopomaga.

Przewodniczący przytacza szereg artykułów z projektu Allerhanda, jak art. 57, 60 i 61, a zwłaszcza 119 ust. 1, według których strony winny gromadzić materjał faktyczny a sąd nie jest ograniczonym do środków dowodowych, które strony powołały. Tem samem przewodniczący stwierdza, że nie można mówić o zasadniczej różnicy między wspomnianymi poglądami, lecz tylko o pewnem mniejszem lub większym odchyleniu w kierunku zasady śledczej w gromadzeniu materjału procesowego. Uwagi te łączą się z kwestją, która jest na porządku dziennym.

Ref. Litauer wnosi na przyjęcie zasady objętej art. 10 jego projektu, gdyż na pierwsze pytanie odpowiada twierdząco, zaś na drugie pytanie przecząco. Według projektowanego artykułu 10 może sąd nakazać dowód przez strony niepowołany, jeżeli z ich oświadczeń lub z akt sprawy dowiaduje się o istnieniu tego dowodu, a dowód ten może się przyczynić do wyjaśnienia okoliczności sprawy. Temsamem referent nie akceptuje stanowiska zajętego przez Skąpskiego w tegoż referacie o ogólnej części postępowania, w którym to referacie w art. 96 Skąpski powiada, że sąd może dopuścić dowody przez stronę nieofiarowane, o ile ustawa tego nie zabrania, to znaczy zdaniem mowcy, o ile w szczególnej partji o dowodach nie są postanowione wyjątki. Temsamem mowca nie akceptuje również stanowiska Allerhanda, zajętego przez tegoż w art. 119 projektu (str. 252); wedle stanowiska Allerhanda sąd może z urzędu dopuścić dowody niezaofiarowane przez stronę z tem jednakże ograniczeniem, że przeprowadzenie dowodu ze świadków i dokumentów nie może się odbyć, jeżeli obie strony oświadczą, że nie życzą sobie dowodu i przedstawią ważne ku temu powody; oświadczenie stron jest jednakże bez znaczenia w procesach, których wynik dotyka interesu publicznego. Referent jest za wprowadzeniem zasady w brzmieniu przez referenta podanej z uwagi na obowiązek sędziego wykrycia prawem materjalnem.

Trammer jest za przyjęciem zasady, że sąd może z urzędu dopuścić dowody przez żadną ze stron niezaofiarowane, prawo to sądu jednakże należy ograniczyć tam, gdzie interes stron tego wymaga. Strony np. obie mogą mieć żywy interes w tem, by dokument pewien w procesie nie został zaprodukowany, gdyż obawiają się, że wyjdzie na jaw popełnione przez nie przekroczenie skarbowe, albo strony nie chcą przedłożyć dokumentu, który odnosi się do innej sprawy, będącej dla obu stron tajemnicą wobec osób trzecich, biorących udział w pro-

cesie (interwenienta, świadka, znawcy); strony mogą nie chcieć, aby jakąś osobę powołano na świadka, gdyż nie chcą, aby ta osoba dowiedziała się o procesie między nimi prowadzonym, albo mają specjalny wzgląd, by zaoszczędzić osobie ciężar świadczenia. Dlatego nie powinien sąd dopuścić w przypadkach, gdy obie strony się temu sprzeciwiają, dowodu z dokumentów i dowodu ze świadków. Co się tyczy dowodu ze znawców, to pod tym względem, to znaczy odnośnie do tego środka dowodowego nie można sądu ograniczyć, gdyż na podstawie opinji znawców sąd dopiero sobie wyrabia swoje zdanie. Tak samo w regule nie można wyłączyć zapomocą zgodnej woli stron dowodu z oględzin sądowych. Wyjątek mógłby zachodzić tylko co do oględzin sądowych odnoszących się do osoby, a więc do oględzin osobistych. Wspomniany tu interes stron należy uwzględnić, gdyż sąd prowadzi postępowanie procesowe nie dla celów oderwanych od interesu stron, lecz dla stron.

Dziurzyński przystępuje do wywodów Trammera i żąda, by kategorycznie nie był dopuszczalny dowód z oględzin osobistych, jeżeli obie strony się temu sprzeciwią.

Parczewski oświadcza się za artykułem projektowanym tj. art. 10 projektu referenta Litauera, wszelako tylko w odniesieniu do dowodu z dokumentów. Co do dowodu ze świadków i oględzin przyłącza się do wywodów Trammera. Mowca jest przeciwny przyznaniu sędziemu zbyt daleko idących praw, gdyż niejeden sędzia do wysokości zadania na nim ciężącego nie dorasta.

Gołąb jest przeciwny zasadzie z art. 10 projektu referenta, artykułu będącego następstwem przesadnego przeceniania stanowiska sędziego.

Allerhand. Z prawa dyspozycji nie wynika, by strony mogły narzucać sędziemu przekonanie pod względem faktycznym. Dlatego sędzia musi mieć prawo prowadzenia dowodu z urzędu. Ze względów utylitarnych można to prawo sędziego ograniczyć odnośnie do dowodów z dokumentów i świadków, jeżeli się obie strony przeciwko temu oświadczą, wszelako tylko wtedy, jeżeli strony podadzą ważną przyczynę, która ich opozycję usprawiedliwia. Co się tyczy w szczególności dowodu z oględzin osobistych, to dowód taki często jest konieczny ze względów publicznych np. w postępowaniu w sprawach małżeńskich.

Skąpski oświadcza, że jeżeli się prawa sędziego do dopuszczenia dowodu z urzędu ma w pewnych wypadkach ograniczyć, za czem się sam oświadcza, to należy te przypadki, jako wyjątki wyraźnie w ustawie wyszczególnić. Inaczej możnaby ustawę interpretować w ten sposób, że w razie sprzeciwu stron obu należy wogóle każdy dowód

pominąć. Nie można jednakże ograniczać stron w tym kierunku, że muszą podać ważne przyczyny, dla których sprzeciwiają się dopuszczeniu dowodu zgodnie, gdyż obowiązek taki uczyniłby iluzorycznem prawo stron do sprzeciwienia się dowodowi temu.

Dziurzyński przystępuje do ostatniej uwagi Skąpskiego.

Ref. Litauer omawia wyniki dyskusji i godzi się ewentualnie na to, by przyjęto zasadę a określono w ustawie wyjątki od zasady.

Uchwalono, że w zasadzie sąd może dopuścić dowody niezaofiarowane przez żadną ze stron, a to wszystkimi głosami przeciwko jednemu, dalej przyjęto wyjątki, że zasada ta nie wchodzi w zastosowanie przy dowodzie ze świadków i dokumentów oraz z oględzin osobistych, jeżeli się obie strony dowodowi takiemu sprzeciwią — sześcioma głosami przeciwko trzem; wreszcie przyjęto, że strony nie są obowiązane podać przyczyn swego sprzeciwienia się — ośmioma głosami przeciwko jednemu.

W kwestji, czy uchwały dowodowe mają ulegać zaskarżeniu oddzielnie od wyroku — odpowiada

referent Litauer w ten sposób, że uchwały dowodowe ulegają zaskarżeniu tylko łącznie z odwołaniem od wyroku. Referent przytacza jednak głos odmienny ś. p. Drwęckiego, członka Sekcji, który był zdania, że należy dopuścić osobny środek prawny przeciwko uchwale dowodowej.

Mańkowski jest przeciwko zaskarżeniu oddzielnemu uchwały dowodowej; zresztą sprawa ta bliżej będzie musiała być uregulowaną przy unormowaniu postępowania apelacyjnego.

Trammer popiera stanowisko osobiste referenta z tą zmianą, iż proponuje stylizację uchwały powziąć się mającej w ten sposób, iż »uchwała dowodowa nie podlega osobnemu zaskarżeniu« a to z uwagi na dopiero unormować się mające postępowanie apelacyjne. Osobny środek prawny przeciwko uchwale dowodowej byłby przedłużeniem postępowania.

Parczewski podziela to ostatnie zapatrywanie.

Allerhand oświadcza się przeciw osobnemu środkowi prawnemu przeciwko uchwale dowodowej, zarazem zwraca uwagę na trudności, jakieby powstały, gdyby uchwała dowodowa była osobno zaskarżalna a zaskarżenie to nie wstrzymywałoby dalszego postępowania t. j. przeprowadzenia dowodu. Powstałyby tu kolizje trudne do usunięcia. Przyznanie zaś mocy wstrzymującej zaskarżeniu uchwały dowodowej przewlekłoby proces. Należałoby tylko wziąć pod rozwagę, czy nie należałoby sędziemu wydającemu uchwałę dowodową nadać prawo zastrzeżenia środka prawnego przeciwko tej uchwale.

Stefko jest przeciw osobnemu środkowi prawnemu przeciw uchwale dowodowej. Dopuszczenie takiego środka prawnego przerzuciłoby ciężar prowadzenia procesu na wyższe instancje.

Zapadła jednomyślna uchwała tej treści, że uchwały dowodowe nie ulegają osobnemu zaskarżeniu.

Na pytanie, czy wprowadzić dowód z przesłuchania stron ewentualnie poparty przysięgą i czy na przypadek odpowiedzi potakującej przyjąć zasady unormowane przez referenta w projekcie,

Ref. Litauer oświadcza się za tym dowodem, wnosi na przyjęcie zasad projektowanych w art. 80 do 85 swego projektu i uzasadnia swój wniosek, jak w motywach do projektu swego na stronie 290 do 292.

Przewodniczący Fierich zwraca uwagę na to, że zasada już uchwaloną została poprzednio w maju 1920 w Warszawie i że obecnie rozchodzić się może tylko o szczegóły unormowania tego dowodu z przesłuchania stron.

Allerhand do art. 80 projektu zauważa, że dowód z przesłuchania stron winien być dopuszczalny nietylko po wyczerpaniu innych środków dowodowych, ale także jako dowód pryncypalny w braku innych środków dowodowych.

Dziurzyński do art. 83 projektu zauważa, że należałoby przewidzieć, kto w konkursie mu być słuchany jako strona procesowa.

Stefko do art. 84 projektu zauważa, że przysięga ma być złożona nie zawsze wodle roty, lecz według wzoru austrjackiego powinna być przysięgą we formie roty tylko jako alternatywa obok przesłuchania pod przysięgą.

Skąpski do wniosku prof. Stefki przystępuje.

Trammer do art. 85 zauważa, że w ustawie powinno być wyraźnie zaznaczonem, że nie można zapomocą środków przymusowych wymusić na stronie złożenie zeznań lub przysięgi.

Parczewski domaga się, by dział o dowodzie z przesłuchania stron w ten sposób zredagowano, aby przesłuchanie to nie było rodzajem inkwizycji.

W głosowaniu uchwalono jednomyślnie zasadę, t. j. przyjęcie dowodu z przesłuchania stron z poprawką tą, że dowód z przesłuchania stron może być także dowodem pryncypalnym i że przysięga wedle roty ma być alternatywną formą obok przesłuchania pod przysięgą.

XI.

O wyrzeczeniach sądowych.

Na pytanie, czy we formie wyroku należy wydawać jedynie rozstrzygnięcie co do rzeczy samej, odpowiada

Ref. Mańkowski twierdząco i wnosi na przyjęcie pod tym względem postanowienia z § 1 projektu.

Zarzutu przeciwko temu stanowisku nie podniesiono.

Czy racjonalny jest podział wyroków proponowanych przez referenta?

Referent Mańkowski wnosi na przyjęcie podziału objętego §§ 2 do 24 projektu, z tą zmianą, że wobec zamieszczenia w referacie Skąpskiego artykułu 90 (str. 134) cofa kategorję wyroków »wspólnych« i uzasadnia swe stanowisko co do pozostałych kategoryj wyroków, jak w motywach do swego projektu na str. 312 do 323.

Kategorja wyroków końcowych (§ 3), częściowych (§ 4 do 6), wyroków z uznania (§ 13), i wyroków z omieszkania i wyroków zaocznych nie spotkała się z krytyką.

Co do wyroków pośrednich, których referent domaga się z uwagi na ekonomję procesu,

Litauer wytyka niewłaściwość oznaczenia tych wyroków jako pośrednich i w samej rzeczy oświadcza się przeciw przyjęciu tej kategorji wyroków, ponieważ kategorja ta nie ma żadnego praktycznego celu, wyrok t. zw. pośredni może się okazać bezprzedmiotowym, a okoliczność ta poniża sędziego w jego godności. Zwraca uwagę na postanowienia art. 896 rosyjskiej procedury cywilnej.

Gołąb jest za utrzymaniem wyroków pośrednich z przyczyn powyżej podanych przez referenta Mańkowskiego.

Skąpski powołuje się na to, że w praktyce Małopolski wyroki pośrednie istniały, wszelako rzadko; zdaniem mowcy nie należałoby orzeczenie, o którem mowa, wydać we formie wyroku, lecz we formie uchwały.

Trammer przystępuje do wniosków Mańkowskiego i oświadcza się za formą wyroku a nie za formą uchwały. Za formą wyroku przemawia potrzeba środków prawnych takich, jakie przysługują przeciwko wyrokom; za formą wyroku przemawia także to, że orzeczenie pośrednie, o którem mowa, nie dotyczy jakichś kwestji formalnych, lecz załatwia samą rzecz lubo tylko tymczasowo; orzeczenie pośrednie ma charakter takiego orzeczenia. jak orzeczenie wydane na skutek skargi ustalającej.

Parczewski sądzi, że orzeczenia, o których mowa, nie wymagają osobnej nazwy orzeczeń »pośrednich«.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta przyjęcie kategorji wyroków pośrednich wszystkimi głosami przeciwko trzem, za formą uchwały oświadczył się tylko jeden głos.

Co się tyczy wyroków tymczasowych (§§ 9 do 12) postanowiono dyskusję nad nimi połączyć z problemem kompenzaty w procesie.

W kwestji, czy wyrok częściowy może sąd wydać z urzędu czy też jedynie na wniosek a w ostatnim przypadku czy na wniosek jednej, czy obu stron,

Referent Mańkowski wnosi na przyjęcie §§ 4 do 6 swego projektu.

Dziurzyński, oświadczając się w zasadzie za wyrokami częściowymi, które zapobiegają pieniactwu pozwanego, sądzi, że wyrok częściowy winien nastąpić nie z urzędu, lecz na wniosek strony.

Trammer podziela zapatrywanie Dziurzyńskiego, sądzi jednak, że stroną, na której wniosek wyrok częściowy zapaść może, może być tylko strona powodowa jako strona interesowana. Powoda często wstrzymują postanowienia skarbowe od korzystania z możności żądania wyroku częściowego, w razie wydania wyroku częściowego z urzędu, może wyrok częściowy być niepożądany dla powoda.

Litauer jest zdania, że wyrok częściowy może być wydany tylko na wniosek powoda.

Allerhand sądzi, że wyrok częściowy może być wydany tak na wniosek którejkolwiek strony, jak i z urzędu.

Skąpski uważa wyrok częściowy za dopuszczalny tylko na wniosek strony, wszelako tak strony powodowej jak i pozwanej.

Fierich jest zdania, że wyrok częściowy może być wydany także z urzędu.

W głosowaniu przeciw wydaniu wyroku częściowego z urzębu oświadczono się pięcioma głosami przeciw czterem, oraz za wydaniem wyroku częściowego tylko na wniosek powoda sześcioma głosami przeciwko trzem.

Problem kompensaty w procesie i wyrok tymczasowy.

Referent Mańkowski proponuje przyjęcie projektowanych paragrafów 9 do 12 projektu, motywując wniosek swój, jak w motywach do projektu na stronie 318 i nast.

Gołąb sądzi, że wyrok, o ktorym mowa, możnaby nazwać wyrokiem częściowym. Sądzi w samej rzeczy, że skonstruowanie przepisów

referenta stoi w sprzeczności z zasadą prawa materjalnego, gdy kompensata odbywa się ipso facto. Artykuł 12 projektu jest nieuzasadniony i niejasny.

Trammer sprzeciwia się wprowadzeniu typu wyroków tymczasowych. Wyroków tych nie wymaga ani prawo materjalne ani prawo procesowe. Wedle wszystkich ustaw cywilnych, obowiązujących na ziemiach polskich, kompenzata odbywa się bez orzeczenia sądowego z tą chwilą, gdy zaistnieją wzajemne potrącalne pretensje, ewentualnie na skutek oświadczenia jednej ze stron. Wynika stąd, że prawo materjalne nie wymaga tego, by załatwiano zarzut kompenzaty tak, jak to referent czyni w §§ 9 do 12. W procesie podniesiony zarzut kompenzaty jest niczem innem, jak tylko takim zarzutem, jak inny zarzut zapłaty; jeżeli zapłata w drodze kompenzaty w procesie zostanie udowodniona, to nastąpi oddalenie powoda z żądaniem skargi, jeżeli zaś zapłata w drodze kompenzaty nie zostanie udowodnioną, to nastąpi orzeczenie wedle żądania skargi. Przyjęcie lub nieprzyjęcie kompenzaty w procesie równa się przeto przyjęciu faktu zapłaty lub przyjęciu faktu niezapłacenia. Potrzeby procesowe nie wymagają przeto również wyroku tymczasowego po myśli §§-ów 9—12. Wszelkie trudności co do litis pendentis i co do rei judicate odnośnie do kompenzaty przy tem stanowisku, jakie zajmuje mowca, odpadają. Trudności dopiero stwarza się przez wprowadzenie osobnych przepisów o traktowaniu kompenzaty w procesie i o wyrokach tymczasowych. Nadto przeciw wyrokom tymczasowym przemawia jeszcze jeden moment; dziwnym się wydać musi wyrok tymczasowy, wykonalny, który tensam sędzia, który wydał wyrok tymczasowy, następnie uchyla. Prostota procesu zyskuje tylko na wyeliminowaniu wyroków tymczasowych.

Allerhand wywodzi, że sędzia w procesie, w którym przeciwko pretensji głównej podniesiono pretensję wzajemną, musi badać tak pretensję główną jak i pretensję wzajemną do kompenzaty podniesioną i to w całości, dlatego odnośnie co do pretensji do kompenzaty podniesionej i to całej, musi istnieć zarzut ewentualny rei judicare i litis pedentis. Co do kwestji, czy w razie zarzutu kompenzaty ma być wydany jednolity wyrok, czy może być wydany co do pretensji głównej wyrok częściowy, to rozróżnić należy przypadek, w którym kompensando podniesiona pretensja pozostaje w związku z pretensją główną, od przypadku, w którym takiego związku nie ma. W pierwszym przypadku winien być wydany jeden wyrok załatwiający tak pretensję główną, jak i wierzytelność do kompenzaty podniesioną, w drugim przypadku zaś może być wydany wyrok tymczasowy. Wydanie wyroku tymczasowego ma na celu zapobieżenie przewlekaniu sporu przez pozwanego, który swawolnie nieraz do kompenzaty podnosi pretensję

wzajemną. Zasadniczo przeto mowca stoi na stanowisku referenta Mańkowskiego lubo dalej się posuwa co do znaczenia zarzutu kompenzaty, aniżeli referent Mańkowski.

Dziurzyński zarzuca przeciwko stanowisku Allerhanda, że w razie przyjęcia jego stanowiska co do znaczenia zarzutu kompenzaty musianoby wprowadzić osobne przepisy kompetencyjne o przedmiotowej właściwości sądowej dla peretensji kompensando podniesionej, gdyż obecnie przyjęte zasady o przedmiotowej właściwości sądowej nie wystarczyłyby. W ramach dzisiejszych zasad o przedmiotowej właściwości sądowej stanowiska Allerhanda nie da się utrzymać.

Parczewski oświadcza się przeciw stanowisku referenta, nie może się pogodzić z myślą, by wyrok mógł być następnie cofnięty po rozpatrzeniu zarzutu kompenzaty przez sędziego, który ten wyrok wydał.

Litauer przyłącza się do wywodów Trammera. Wyroków tymczasowych nie potrzeba ze względów specjalnych procesowych, nie potrzeba też ze stanowiska prawa materjalnego tembardziej, a nawet wyrok tymczasowy, przy zarzucie kompenzaty wpłynąłby na zmianę przepisów prawa materjalnego, co nie jest zamierzone.

Referent Mańkowski w odpowiedzi na zarzut prof. Gołąba wyjaśnia, że nie miał bynajmniej na myśli dostosować ściśle projektowane przepisy do zasad kodeksów prawa cywilnego w kwestji kompenzaty. Oparcie się na teorji cywilistycznej bez żadnych odchyleń, uniemożliwiałoby rozdzielenie sporu i orzeczenie o wzajemnej pretensji pozwanego osobnym wyrokiem, a w takim razie otwarłoby szeroko wrota dla szykanowania powoda i przewlekania procesu przez pozwanego, nie mówiąc o szkodliwych stosunkach i komplikacjach w procesie.

Fierich uważa, że sprawa powinna być jeszcze rozpatrzoną w Komitecie redakcyjnym.

W głosowaniu oświadczono się przeciw wyrokom tymczasowym w przypadkach kompenzaty sześcioma głosami przeciwko trzem.

Posiedzenie z dnia 30 kwietnia 1922.

Obecni jak poprzednio.

Na porządku dziennym dalsza część dyskusji nad działem o wyrzeczeniach sądowych.

Zasadnicze zagadnienia z działu o wyrokach zaocznych.

Ref. Mańkowski wyłuszcza, kiedy może zapaść wyrok zaoczny, jakie skutki ma zaoczność i kiedy dopuszczalny jest sprzeciw, a to zgodnie z projektem w szczególności z §§ 14 do 24 swego projektu.

Stanowisko referenta w zasadzie nie spotkało się z opozycją.

Dyskusję wywołała tylko kwestja, czy obie strony jednakowo traktować odnośnie do skutków zaoczności.

Pod tym względem Allerhand uważa, że w razie niejawienia się powoda, należałoby odrzucić jego skargę ze skutkiem procesowym wedle procedury rosyjskiej: natomiast Dziurzyński podnosi, że pozwany może mieć interes w tem, by sprawa merytorycznie rozstrzygniętą została; temu stałoby na przeszkodzie, gdyby z powodu niejawienia się powoda jedynie skarga ze skutkiem procesowym odrzuconą została. Dziurzyński jest przeto zdania, że należy traktować przy zaoczności obie strony równomiernie, jak to uczynił referent Mańkowski;

Litauer przyłącza się do wywodów Allerhanda z tem, iż odrzucenie skargi powoda w przypadku jego zaoczności winno nastąpić tylko na wniosek pozwanego.

W głosowaniu uchwalono zgodnie z wnioskiem referenta traktować powoda na równi z pozwanym przy zaoczności (przeciw dwa głosy).

Do działu o wyrokach zaocznych czyni jeszcze Parczewski następujące dwie uwagi: Zdaniem jego należałoby wyeliminować z art. 16 ustęp pod L. 2, zaś w §-ie 18 pod 4 przedłużyć czasokres tam przewidziany.

Do działu o treści wyroków (§§ 26 do 40) czyni Parczewski uwagę tej treści, że należałoby wyeliminować z tego działu § 31.

W kwestji, czy i jak należy unormować tymczasową wykonalność wyroku

Ref. Mańkowski wnosi na przyjęcie zasad, objętych §§ 41 do 49 projektu swego i uzasadnia to swoje stanowisko, jak w motywach do projektu na str. 327 i 328.

Parczewski i Litauer oświadczają się zgodnie z referentem.

Allerhand sądzi, że postanowienia o tymczasowej wykonalności wyroku winny należeć do ordynacji egzekucyjnej a nie do procedury cywilnej. W procedurze cywilnej powinny być postanowienia o tymczasowej wykonalności wyroku zamieszczone tylko o tyle, o ile są podyktowane względami na zaoczność i na sprzeciw; pod tym względem powinna być w procedurze cywilnej przyznana tymczasowa wykonalność wyrokom zaocznym i to na podstawie przepisu ustawy a nie jedynie na wniosek strony po myśli osobnej decyzji sądowej.

Uchwalono w zasadzie stanowisko referenta Mańkowskiego.

W sprawie struktury wyroków w pisemnym wygotowaniu wnosi ref. Mańkowski na przyjęcie projektowanych artykułów 53 do 59.

Do postanowień tych dołącza Parczewski uwagę, że potrzebnem jest wymienienie we wygotowaniu wyroku nazwisk sędziów, którzy wydali wyrok, a nadto oświadcza się za skreśleniem § 59 projektu.

W głosowaniu przyjęto zasady referenta Mańkowskiego z utrzymaniem § 59 projektu oraz uwagę Parczewskiego co do nazwisk sędziów we wygotowaniu pisemnem wyroku.

W kwestji, czy dopuścić opozycję przeciw treści powodów wyroku, wnosi

referent Mańkowski na przyjęcie zasad objętych paragrafami 61 do 64 projektu.

Uchwalono, że postanowienia odnośne nie są konieczne w procedurze cywilnej.

W kwestji zakresu materjalnej prawomocności wyroków proponuje referent Mańkowski przyjęcie zasad objętych §§ 67 do 74 projektu i uzasadnia to stanowisko swoje, jak na str. 333 i 334 motywów do swojego projektu.

Stefko uważa brzmienie § 68 za zbyt ciasne; prawomocność odnosi się zawsze do rozstrzygniętego roszczenia; to zaś nie wynika ze samej sentencji, w której braknie tytułu roszczenia. Powinno się nadać paragrafowi 68 takie brzmienie, iż prawomocność odnosi się do tego, o czem we wyroku orzeczono. Co się tyczy § 74, to lepiejby było, gdyby tego postanowienia nie zamieszczono w ustawie, gdyż w każdym poszczególnym przypadku t. zn. przy każdej instytucji musi się skuteczność wyroku wobec osoby trzeciej osobno uregulować.

Parczewski przystępuje do wywodów prof. Stefki.

Dziurzynski zwraca uwagę na okoliczność, że według brzmienia § 68 projektu nie byłoby prawomocności wówczas, gdyby sędzia poszedł poza petitum powoda, odnośnie do nadwyżki.

Allerhand przyłącza się do wywodów Stefki i Dziurzyńskiego.

Uchwalono całą kwestję poruszoną przekazać Komitetowi redakcyjnemu do rozwagi.

W kwestji wymogów warunkujących uznanie wyroku zagranicznego,

Ref. Mańkowski wnosi o przyjęcie § 75 projektu i uzasadnia wniosek swój, jak na str. 334 i nast. motywów do projektu.

Stefko uważa przepis § 75 za przedwczesny. Dopóki się nie wie, czy i w jakich granicach wykonalne będą wyroki zagraniczne, przedwczesne jest określanie, w jakich granicach wyroki zagraniczne mają być uznane. Z chwilą, gdy unormowaną zostanie wykonalność

wyroków zagranicznych, temsamem będą także uznane wyroki zagraniczne w granicach wykonalności. Dlatego nie należy obecnie w procedusze cywilnej normować kwestję uznania wyroków zagranicznych, lecz co najwyżej powołać się na osobne przepisy, które wydane zostaną w ordynacji egzekucyjnej.

Posiedzenie z dnia 1 maja 1922 r.

Obecni jak poprzednio.

Na porządku dziennym z początku dalszy ciąg dyskusji nad uznaniem wyroków zagranicznych.

Allerhand podnosi, że uznanie wyroków zagranicznych jest wprawdzie warunkiem wykonalności wyroków zagranicznych, lecz nie pokrywa się z wykonalnością wyroków zagranicznych. Uznanie wyroków zagranicznych powoduje zarzut litis pendentis i rei judicatae i dlatego winna być kwestja odnośna uregulowaną w procedurze cywilnej. Do § 75 projektu zauważa, że pod L. 2 powinna być mowa o jurysdykcji krajowej a nie właściwości miejscowej, że ustęp § 75 od L. 5 jest niepotrzebny.

Litauer sądzi, że partja o uznaniu wyroków zagranicznych nie należy do procedury cywilnej, która mówi tylko o wyrokach krajowych. Jeżeli w ordynacji egzekucyjnej będą dopuszczone zagraniczne wyroki do wykonalności, to tem samem i w tych samych granicach uznane będą wyroki zagraniczne.

Uchwalono zasadę, że postanowienia o uznaniu wyroków zagranicznych zamieszczone być mają w procedurze cywilnej. Szczegóły mają być przez Komitet redakcyjny rozpatrzone w uwzględnieniu uwag Allerhanda z tem, że wskazane jest porozumienie się z referentami prawa międzynarodowego tj. prof. Zollem i prof. Rostworowskim.

XII.

Postępowanie przed sądami powiatowymi.

W kwestji, czy pożądane jest utrzymanie tej samej struktury postępowania w sądach powiatowych, co w sądach okręgowych z koniecznemi modyfikacjami.

Ref. Dziurzyński wnosi o przyjęcie projektowanych przez niego art. 1 do 12 i uzasadnia wniosek swój, jak w motywach do projektu na str. 339 i nast.

Skąpski zasadniczo godzi się na strukturę referenta, przeciwny

jest jednakże wprowadzeniu obligatoryjnego sprzeciwu, wspomnianego w art. 6 projektu. Sprzeciwu nie zna żadna krajowa procedura, wprowadzenie sprzeciwu utrudnia stanowisko pozwanego, który, zwłaszcza jeżeli nim będzie wieśniak, nie będzie rozumiał pouczenia w sprawie wniesienia sprzeciwu, wreszcie przez wprowadzenie tutaj sprzeciwu, wprowadza się w rzeczywistości nowy typ sprzeciwu obok innych typów sprzeciwu, skutkiem czego ucierpi przejrzystość ustawy.

Allerhand oświadcza się za jednolitem postępowaniem tak w sądach okręgowych, jak i w sądach powiatowych. Wprowadzenie sprzeciwu, projektowanego przez referenta wprowadzi zamęt i w konsekwencji zaoczności, gdyż wieśniak przyzwyczajony jest do tego, że po skardze ma się odbyć rozprawa sądowa. Trudno też tak wystylizować pouczenie w sprawie sprzeciwu dla pozwanego, by ono było jasnem i dla pozwanego.

Parczewski również oświadcza się przeciwko sprzeciwowi, gdyż on nie upraszcza postępowania. Art. 2 w ustępie 1-ym nakłada zbyt wielki ciężar na sędziego; próby ugodowe z art. 5 projeku są stratą czasu; art. 10 projektu jest niepotrzebny.

Trammer oświadcza się również przeciw sprzeciwowi z przyczyn podanych przez Skąpskiego i Allerhanda. Sądzi, że należałoby skonstruować postępowanie przed sądami powiatowymi w zasadzie tak, jak postępowanie przed sądami okręgowymi, z tą zmianą, że pozwanemu przysługuje tylko prawo do wniesienia odpowiedzi na skargę a nie ciąży na nim obowiązek wniesienia odpowiedzi na skargę pod rygorem zaoczności, jestto następstwem braku przymusu akwokackiego.

Ref. Dziurzyński sprzeciwia się argumentom Skąpskiego co do tego, że pouczenie o obowiązku wniesienia sprzeciwu nie jest wystarczające; ono tak samo wystarcza, jak pouczenie o skutkach niejawienia się na rozprawie lub pouczenie o skutkach niewniesienia sprzeciwu w postępowaniu upominalnem.

Uchwalono oświadczyć się przeciw wprowadzeniu sprzeciwu z art. 6 projektu i za postępowaniem w sądzie powiatowym według zasad postępowania przed sądami okręgowymi, wszelako z fakultatywną odpowiedzią na skargę.

W kwestji, czy celowe jest odróżnienie spraw t. zw. drobiazgowych,

Ref. Dziurzyński wnosi na przyjęcie art. 13 i 14 projektu swego i uzasadnia je jak w motywach do tego projektu na str. 344 i 345.

Parczewski jest przeciwko odróżnieniu spraw drobiazgowych. Trudno stanowczo powiedzieć, które sprawy są drobiazgowe, gdyż zależy to od tego, między jakiemi stronami odnośne sprawy się toczą

Doświadczenie w ostatnich czasach uczy, że spraw drobiazgowych w sądach prawie że nie ma

Allerhand oświadcza się za wprowadzeniem spraw drobiazgowych z tem, że jakie sprawy należy uważać za drobiagowe, oznaczy się w ostatniej chwili.

Trammer jest za wprowadzeniem kategorji spraw drobiazgowych, gdyż trudno w najdrobniejszych sprawach dopuszczać środki prawne i długie postępowanie, którego koszta z przedmiotem sporu nie pozostają w żadnym stosunku. Brak spraw drobiazgowych w dobie obecnej jest następstwem dewaluacji pieniądza z jednej, a nie podniesieniem granicy spraw drobiazgowych równomiernie z drugiej strony; po ustaleniu się stosunków walutowych sprawa się zmieni.

Skąpski przystępuje do wywodów przedmowcy.

Uchwalono wszystkimi głosami przeciwko dwom oświadczyć się za prowadzeniem spraw drobiazgowych.

XIII.

Jurysdykcja krajowa.

Prof. Allerhand jako referent przedstawia konieczność zamieszczenia na czele procedury cywilnej przepisów o krajowej jurysdykcji i przedkłada pod 4 projekt odnośnych przepisów, uzasadniając projekt ten w obszernym wywodzie.

W sprawie tego projektu czyni merytoryczne uwagi prof. Stefko.

Trammer wnosi, by pisemny referat Dra Allerhanda o jurysdykcji krajowej wraz z motywami wydrukowano w II tomie Polskiej Procedury cywilnej i by referat odnośny poddać pod dyskusję dopiero później łącznie z dyskusją nad działem o środkach prawnych i nadzwyczajnych postępowaniach.

Wniosek ostatni uchwalono jednomyślnie.

Wobec wyczerpania porządku dziennego wnosi Litauer, by obecnie po przedyskutowaniu referatów zamieszczonych w I tomie Polskiej Procedury cywilnej postanowiono, jak zużytkować wyniki dyskusji.

W tem miejscu obejmuje przewodnictwo Mańkowski.

Litauer wnosi, by utworzono Komitet redakcyjny, złożony z trzech członków, którymby zajął się na podstawie referatów referentów i przeprowadzonej dyskusji zredagowaniem projektu Polskiej Procedury cywilnej. Redaktorowie ci zredagowaliby procedurę cywilną.

wzywając do pomocy przy poszczególnych działach referentów poszczególnych działów.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem Litauera z tem, że w skład Komitetu redakcyjnego ma wejść jako przewodniczący prof. Fierich, jako członkowie pp. Litauer i prof. Gołąb.

W tem miejscu obejmuje przewodnictwo Prez. Fierich.

Litauer wnosi, by najbliższe posiedzenie Sekcji formalnego prawa cywilnego odbyło się we Wilnie. Przez wybranie Wilna jako miejsca obrad Sekcji da się wyraz dążności do zbliżenia Wileńszczyzny do innych dzielnic Polskich.

Obecny na posiedzeniu członek z Wilna prof. Parczewski oświadcza imieniem wydziału prawniczego Uniwersytetu we Wilnie i imieniem Towarzystwa Prawniczego w Wilnie, że te instytucje z przyjemnością powitają członków Komisji Kodyfikacyjnej we Wilnie.

Uchwalono zgodnie z wnioskiem Litauera.

Przewodniczący Fierich zdaje sprawę ze stanu prac nad pozostałymi referatami, które stanowić będą II tom Polskiej Procedury cywilnej. Ten II tom obejmować będzie referaty o apelacji, kasacji względnie rewizji, rekursie, o skardze o wznowienie, o nadzwyczajnych postępowaniach, o jurysdykcji krajowej a jako dodatek zawierać będzie protokoły obrad Sekcji w sprawie zasad procedury cywilnej oraz protokół z obecnych obrad Sekcji. Do druku przystąpi się bezzwłocznie.

Wobec zakończenia obrad wyraża Parczewski podziękowanie Przewodniczącemu Fierichowi za umiejętne, bezstronne i spokojne kierownictwo obrad imieniem wszystkich obecnych.

Przewodniczący zamyka sesję.

Trammer m. p. Fierich m. p.

Do strony 299.

I. Okręg Sądu apelacyjnego w Krakowie.

Okres czasu	Ilość wyroków upadłych na I audjencji	Ilość spraw, w których zapadł wyrok zaoczny wskutek niewniesienia na czasie odpowiedzi na skargę
1921 rok	10% ogółu spraw *	0·9% ogółu spraw

II. Okręg Sądu apelacyjnego w Warszawie.

Okres czasu	Ilość spraw, w których na skutek niestawienia się pozwanego na sesji wyznaczonej do relacji sprawy i rozpraw ustnych zapadły wyroki zaoczne
Od chwili wprowadzenia sądownictwa polskiego do końca 1921 r.	16·3% ogółu spraw

III. Okręg Sądu apelacyjnego w Poznaniu.

Okres czasu	Ilość wyroków zaocznych
1921 rok	20·53% ogółu spraw

* Powyższa liczba procentowa nie ogranicza się wyłącznie do wyroków zapadłych wskutek niejawienia się strony pozwanej, lecz obejmuje również wyroki zapadłe na skutek zrzeczenia się i uznania; liczba tych ostatnich wyroków jest tak nikłą, iż nie wpływa na wymienioną liczbę procentową.

DODATEK III.

Prof. Dr. M. Allerhand.

Jurysdykcja krajowa.

I. Ogólne uwagi.

Pojęcie jurysdykcji krajowej nie jest obce ani nauce (Fierich, Unzulässigkeit des Rechtsweges 1912 str. 24 i nast.), ani ustawodawstwu, bo pierwsza operuje tem pojęciem a drugie uznaje je bądź więcej, bądź mniej wyraźnie. Przyjmuje się zaś jurysdykcję krajową, jeżeli władze krajowe mają się zająć pewną sprawą, wyklucza natomiast, jeżeli sprawa nie ma być przez nie załatwioną. Z reguły jest w tym ostatnim przypadku uzasadniona jurysdykcja władz obcych, czy jednak zachodzi, to jest zawisłe od ustawodawstwa obcego i dlatego ustawodawstwo swoiste nie może stanowić, że w danej sprawie powołane są do rozstrzygnięcia władze państwa obcego, może tylko i powinno zawierać przepis, że w zasadzie winno być w kraju uznane i wykonane orzeczenie władzy obcego państwa wydane w sprawie wyjętej z pod jurysdykcji krajowej, o ile jurysdykcji tegoż państwa ze względu na związek z obszarem prawnym sprawa podlega.

Pojęcie jurysdykcji nie jest identyczne z pojęciem miejscowej właściwości sądu. Właściwość zachodzi, jeżeli dana sprawa ma być załatwiona przez pewien dokładnie oznaczony sąd, jurysdykcję krajową zaś przyjąć należy, jeżeli jeden ze sądów swoistych ma orzekać o sprawie, przyczem obojętnem jest, który z nich jest do tego powołany. Z tego wynika, że najpierw określić należy jurysdykcję krajową a dopiero potem miejscową właściwość sądu i tylko dla tych spraw wypada ją unormować, które przekazane są orzecznictwu krajowemu, dla spraw bowiem z pod tegoż orzecznictwa wyjętych, zbędnem jest oznaczenie sądu właściwego.

Różnica między pojęciem jurysdykcji a pojęciem miejscowej właściwości sądu prowadzi do tego, że istnieć może jurysdykcja krajowa mimo braku sądu właściwego; w tym przypadku należy wyznaczyć

sąd powołany do załatwienia sprawy, bo sprawa winna być przez sądy swoiste załatwioną. Z drugiej strony mimo, że pewien sąd swoisty mógłby sprawę załatwić, zajść może brak krajowej jurysdykcji; tak ma się rzecz, gdy sprawy osobowe cudzoziemców w kraju zamieszkałych nie mają być rozstrzygane przez sądy krajowe, co przyjmują niektóre ustawodawstwa. W takim przypadku istnieje wprawdzie sąd miejscowo właściwy, niedopuszczalnem jest atoli załatwienie sprawy przez tenże sąd z powodu, że sprawa przez władze swoiste nie ma być rozstrzygniętą.

Różnica między jurysdykcją a miejscową właściwością sądu jest nie tylko teoretyczną, lecz i praktycznie nader doniosłą. Brak jurysdykcji uwzględnić należy z urzędu w toku całego postępowania, brak zaś miejscowej właściwości z reguły tylko na zarzut pozwanego w pewnym czasie podniesiony; zmiana stosunków nie wpływa na właściwość sądu raz już zaistniałą, natomiast ma doniosłość dla orzecznictwa krajowego, ta bowiem ustaje z chwilą, gdy ustają wymogi, które je uzasadniają; właściwości sądu niepowołanego w myśl ustawy do rozpatrywania sprawy mogą się strony z reguły poddać; natomiast nie mogą sprawy przekazać orzecznictwu krajowemu i nie mogą jej usunąć z pod tegoż orzecznictwa.

Podniesione różnice dowodzą, że w ustawie w pierwszym rzędzie załatwioną być winna sprawa jurysdykcji krajowej a dopiero potem kwestja miejscowej właściwości sądu. Stanowisko inne prowadzi do tego, że o sprawie pewnej, która nie powinna podlegać krajowemu orzecznictwu, orzekają sądy swoiste a nie załatwiają jej, chociaż ze względu na ścisły związek z krajem załatwioną być winna. Odczuwało to ustawodawstwo i dlatego w sprawach z natury rzeczy podlegających jurysdykcji krajowej, w których jednak brak podstaw dla ocenienia miejscowej właściwości sądu albo sądowi najwyższemu pozostawiło oznaczenie sądu właściwego jak np. § 28 austr. n. j. i § 52 proc. węg. albo też raz na zawsze wskazało na pewien sąd, który ma się zająć sprawą np. § 36 ust. niem. o aktach dobrej woli. To ustawodawstwo wychodzi jednak z założenia, że istnieje pojęcie jurysdykcji krajowej mimo braku bliższego określenia; nie potrzeba się rozwodzić nad tem, że takie stanowisko jest nieodpowiednie, jeszcze bardziej jednak nieodpowiedniem jest stanowisko, które przyjmuje jurysdykcję krajową w tych tylko przypadkach, w których dla danej sprawy według ustawodawstwa swoistego znachodzi się sąd miejscowo właściwy (Hellwig, Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechtes t. I. 1903 str. 98 i nast.), zaczem wyklucza ją w każdym innym przypadku.

Dowodem na to, że pojęcie orzecznictwa krajowego znane jest obowiązującemu ustawodawstwu, jest obecny stan prawny dotyczący

wykonania wyroków sądów zagranicznych. Powszechnie przyjmuje się, że orzeczenie takiego sądu ma być w kraju uznane i wykonane tylko wtedy, gdy według zasad ustawy swoistej sąd zagraniczny mógł się sprawą zająć, nie jest jednak koniecznem, aby ten właśnie sąd, który wydał orzeczenie, był do wydania tegoż powołany, wystarcza właściwość miejscowa któregokolwiek sądu w temsamem państwie położonego (Wach, Handbuch des deutschen Zivilprocessrechtes t. I. 1886 str. 232), bo państwo obce uważa się za jeden wielki okręg sądowy (por. Sperl. Vereinbarung der Zuständigkeit und Gerichtstand des Erfüllungsortes 1897 str. 113 i nast.); w tym przypadku mówi się więc także o abstrakcyjnej właściwości do wydania orzeczenia. Jasnem jest, że ta abstrakcyjna właściwość nie jest niczem innem, jak jurysdykcją obcego państwa, skoro nie idzie o miejscową właściwość pewnego sądu, lecz o uprawnienie jednego ze sądów tego państwa, w którem wydano orzeczenie, mimo więc odmiennej nazwy w rzeczy samej istnieje pojęcie jurysdykcji krajowej i obcej.

Jeżeli zatem określi się w ustawie jurysdykcję krajową, to nie wprowadzi się nowości. lecz wypowie jasno to, co dotychczas było niedokładnie określone. Zaznaczyć też wypada, że bliższe unormowanie jurysdykcji krajowej jest doniosłe także ze względu na przepisy międzynarodowego prawa prywatnego. Te przepisy stanowią, jakie prawo władze krajowe mają stosować w sprawach w związku z zagranicą pozostających; z tego wynika, że normy kolizyjne będą praktyczne tylko wtedy, jeżeli wprzód określi się, w których sprawach władze krajowe wydać mogą orzeczenie, w sprawach bowiem wyjętych z pod orzecznictwa krajowego nie są potrzebne przepisy o tem, czy swoiste, czy też obce i które obce prawo ma być uwzględnione.

II. Sprawy poddane orzecznictwu krajowemu.

1. Zasada.

Orzecznictwu krajowemu przekazać należy sprawy w ten sposób związane z obszarem państwa, że co do nich wykonywaną być może władza sądowa. To zaś zachodzi wtedy, gdy strony albo też jedna z nich stale przebywają w kraju lub mają w nim miejsce zamieszkania, gdy do państwa są przynależne lub gdy spór toczy się o przedmiot w kraju położony i t. p. Jeżeli brak takiego związku, nie można przyjąć orzecznictwa krajowego i sprawę należy z pod tegoż wyłączyć.

Łącznik uzasadniający orzecznictwo krajowe, z natury rzeczy nie może być jednolity, lecz musi być odnośnie do poszczególnych stosunków prawnych rozmaity. W niektórych przypadkach powinien

rozstrzygać stały pobyt stron względnie ich zamieszkanie w kraju, w innych przynależność państwowa, w innych zaś położenie przedmiotu sporu, w innych znowu inny łącznik uznać należy jako miarodajny.

Mimo szczegółowego traktowania rzeczy, uznać atoli należy jako naczelną zasadę, że pozwany, który w kraju stale przebywa względnie ma miejsce zamieszkania, podlega orzecznictwu krajowemu i to tak w sprawach majątkowych, jak i niemajątkowych. Najłatwiej bowiem prowadzi się proces w miejscu, gdzie strona pozwana stale przebywa a ponadto wydane przez sąd zamieszkania orzeczenia są bezwarunkowo wykonalne w państwie, w którem miejsce stałego pobytu jest położone; jako zasadę krajowej jurysdykcji przyjąć zatem należy, że uzasadnioną jest w każdym przypadku, w którym pozwany w kraju stale przebywa.

Obok tej zasady uznać należy i drugą a mianowicie, że orzecznictwo krajowe zachodzi w sprawach niemajątkowych obywateli. Kwestje dotyczące stanu osobowego są nader doniosłe i każde prawie ustawodawstwo zasadniczo nie uznaje orzeczeń sądów państw obcych w sprawach osobowych własnych obywatel. Następstwem tego powinno być poddanie orzecznictwu krajowemu spraw osobowych obywateli bez względu na to, gdzie stale przebywają.

Trzecią zasadą powinno być, że spory o rzeczy położone w obrębie kraju prowadzone być winny przez sądy swoiste. Spory tego rodzaju prowadzone przez władze obce nie mają celu, gdyż orzeczenia, o ile w kraju nie przyznano im wykonalności, siłą faktu nie są skuteczne, to też umożliwionem być winno prowadzenie w kraju procesu, który stronie powodowej zapewnia rzeczywiste zaspokojenie roszczenia.

2. Szczegółowe przeprowadzenie zasad.

a) Stały pobyt i siedziba przedsiębiorstwa.

Z tego, że jako łącznik uznaje się stały pobyt względnie miejsce zamieszkania osoby, wynika, że orzecznictwo krajowe nie jest uzasadnione, jeżeli pozwany stale przebywa za granicą, nad nim bowiem nie można wykonać władzy jurysdykcyjnej. Tej zasady nie można się jednak trzymać w przypadku, gdy osoba przebywa zagranicą jako funkcjonarjusz państwowy; prowadzenie sporu zagranicą przeciw takiej osobie jest często niemożliwe a mianowicie, gdy posiada eksterytorjalność, ale i wtedy, gdy to nie zachodzi, jest ono utrudnione. To też w wymienionym wypadku umożliwić należy dochodzenie w kraju roszczeń i dlatego orzecznictwo krajowe uznać wypada, atoli z pewnem ograniczeniem; odnośnie do cudzoziemców bowiem, którzy za granicą są zajęci w służbie państwowej, nie zachodzi potrzeba rozszerzenia jurysdykcji.

Jak z jednej strony orzecznictwu krajowemu poddaje się pewne osoby zagranicą stale przebywające, tak z drugiej należy inne z pod tegoż orzecznictwa wyłączyć, chociaż w kraju stale przebywają. Dotyczy to osób, które ze względu na eksterytorjalność podlegać winny władzom własnego państwa.

W niektórych przypadkach rozstrzygać winno w miejsce stałego pobytu prowadzenie w kraju przedsiębiorstwa. zwłaszcza zaś przyjąć to należy odnośnie do kupców, u których kładzie się nacisk nie na miejsce zamieszkania, lecz na siedzibę prowadzonego przez nich zakładu. Położenie tegoż jednak nie może rozstrzygać we wszystkich sprawach, lecz tylko majątkowych i to takich. które z przedsiębiorstwem w związku pozostają, nie musi zaś koniecznie zachodzić związek z oddziałem w kraju położonym, lecz wystarczy, gdy sprawa w ogóle dotyczy przedsiębiorstwa.

b) Obywatelstwo.

Sprawy familijne obywateli przekazać należy krajowemu orzecznictwu bez względu na stały pobyt pozwanego, z czego też wynika, iż sprawy cudzoziemców nie mogą być w kraju załatwione, jeżeli pozwany przebywa stale zagranicą. Ta zasada prowadzi jednak czasami do udaremnienia dochodzenia roszczeń przysługujących osobom, które w kraju chronić należy, a tak ma się rzecz. gdy idzie o żonę lub dzieci, które podzielają każdorazowe obywatelstwo męża lub ojca i wskutek tego wraz z nim tracą je nawet wbrew swej woli. Tym osobom w razie utraty przynależności państwowej należy ze względu na poprzednie obywatelstwo polskie dać możność prowadzenia w kraju procesu o stan osobowy lub o świadczenia ze stosunku małżeńskiego lub ze stosunku rodzicielskiego wypływające.

Kilka przypadków podciągnąć należy pod ostatnią kategorję. Przedewszystkiem przekazać należy orzecznictwu krajowemu sprawę małżeńską żony, która była obywatelką polską i wyszła za mąż za cudzoziemca, a na równi z nią postawić wypada żonę. która bądź to jako obywatelka polska, bądź też jako cudzoziemka wyszła wprawdzie za mąż za obywatela polskiego, ale w następstwie wraz z mężem stała się cudzoziemką. Sprawę takich kobiet o istnienie, ważność, zaczepienie, rozwiązanie lub separację małżeństwa powinny rozpatrywać sądy swoiste, chociażby mąż był cudzoziemcem i zagranicą stale przebywał. W obu wymienionych wypadkach utrata obywatelstwa następuje bez woli żony i dlatego jurysdykcja krajowa powinna być nadal zachowaną, a to samo przyjąć należy w sprawach dzieci przeciw ojcu, który z obywatela polskiego stał się cudzoziemcem.

Sprawy małżeńskie i ze stosunku rodzicielskiego wypływające powinny być poddane orzecznictwu swoistemu nietylko wtedy, gdy skierowane są przeciw mężowi, który stał się obcokrajowcem, lecz także, gdy pozwaną jest żona lub matka, nie jest bowiem wykluczonem, że wbrew woli męża żona zmienia przynależność państwową i staje się cudzoziemką, nie uchodzi zaś w tym wypadku wykluczać orzecznictwo krajowe.

c) Położenie rzeczy.

Każdy spór o rzecz ruchomą lub nieruchomą w kraju położoną powinien być w kraju dopuszczonym, państwo bowiem może wykonywać władzę jurysdykcyjną nad przedmiotami, które na jego obszarze się znachodzą. Obojętnem przytem być powinno, czy proces dotyczy oddania przedmiotu, czy też ustanowienia na nim prawa rzeczowego a również bez znaczenia powinno być, czy idzie o roszczenie rzeczowe, czy też obligacyjne, i w tym ostatnim znowu przypadku wykonać można władzę jurysdykcyjną nad przedmiotem w kraju się znajdującym.

Położenie w kraju przedmiotu uzasadnić winno jurysdykcję krajową także wtedy, gdy nie toczy się wprawdzie o ten przedmiot, ale gdy egzekucja na tenże doprowadzić może do zaspokojenia innego dochodzonego roszczenia. Odnośnie do takiego przedmiotu wykonać można władzę wykonawczą a aby to umożliwić jurysdykcja krajowa powinna być wprowadzoną, jednak z pewnem ograniczeniem, ułatwić bowiem należy dochodzenie roszczeń jedynie wtedy, gdy pewien związek sprawy z obszarem krajowym zachodzi. Taki związek istnieje, jeżeli strona powodowa w kraju ma swój pobyt albo też przedsiębiorstwo i do tego przypadku ograniczyć należy jurysdykcję krajową w sprawach, w których wykonanie w kraju jest możliwe, zaczem wykluczoną będzie, jeżeli żadna ze stron w kraju ani stale nie przebywa, ani też nie posiada w niem przedsiębiorstwa.

O położeniu mówić nie można, gdy idzie o prawo, jeżeli jednak zobowiązanie ma być w kraju dopełnione, zachodzi między roszczeniem a krajem związek, wskutek czego też dawniej mówiono, że zobowiązanie ma w kraju siedzibę: w każdym razie w wymienionym przypadku usprawiedliwioną jest jurysdykcja krajowa.

Także odnośnie do sporów o majątek spadkowy w kraju położony, należy wprowadzić sądownictwo krajowe, położenie zaś w kraju spadku przyjąć wypada, gdy tu dochodzi do otwarcia spadku: trudno jednak określić, kiedy otwarcie spadku następuje w kraju. Zdaniem naszem najodpowiedniejszem będzie postanowienie, że prowadzenie w kraju bezspornego postępowania spadkowego jest rozstrzygające, nie ulega bowiem kwestji, że takie postępowanie po śmierci osoby będzie przyjęte.

III. Wyłączenie z pod orzecznictwa krajowego.

1. Zasada.

Określenie orzecznictwa sądowego w ustawie powinno się odbyć w ten sposób, że się wyraźnie wymienia sprawy temuż poddane, nie podobna bowiem przyjąć zasady, iż każda sprawa podlega jurysdykcji krajowej a tylko pewne są wyłączone; między sprawą a obszarem państwa winien zachodzić związek a to powinno być dostateczną podstawą dla przyjęcia systemu, według którego sprawy poddane orzecznictwu krajowemu winny być wyraźnie wyliczone. Mimo jednak tej zasady okazuje się, iż określenie w niektórych wypadkach idzie za daleko, i dlatego sprawy pewne podpadające pod kategorję ogólnikowo wymienionych wyłączyć należy, a winno to nastąpić, gdyby prowadzenie takich spraw w kraju pozostawało w sprzeczności z istotą władzy jurysdykcyjnej państwa.

Wyłączenia mogą dotyczyć albo osoby, albo też rzeczy. Ze względu na osobę wyłącza się, jak już wyżej zaznaczono, sprawy, w których jako strona występuje organ uwierzytelniony przy państwie polskiem i z tego powodu posiadający eksterytorjalność: osoby takie przebywają niejako na terytorjum własnego państwa i tylko przez władze tegoż powinny być sądzone.

Ze względu na rzecz, wyłączenie z pod orzecznictwa krajowego powinno odnosić się do spraw o prawa rzeczowe na nieruchomościach zagranicą położonych, bo orzeczenie władz krajowych w takich sprawach nie prowadzi do żadnego celu i przez władze obce nie bywa uwzględniane. Nie odnosi się to jednak do sporów o prawo obligacyjne. Jakkolwiek bowiem orzeczenie w takich sprawach zapadłe zagranicą prawdopodobnie nie będzie wykonane, to jednak w kraju stanowić może podstawę do żądania odszkodowania i dlatego też odnośnie do nich jurysdykcję krajową przyjąć należy.

2) Przeprowadzenie zasady.

a) Co do osób eksterytorjalnych.

Osoby eksterytorjalne jako pozwane nie podlegają orzecznictwu krajowemu, ale i członków ich rodziny należy z pod tegoż wyłączyć, bo to prowadzić może do komplikacji. To samo zaznaczyć wypada co do ich urzędników oraz służby, ograniczyć atoli należy wyjęcie z pod jurysdykcji krajowej do przypadków, gdy te osoby są obywatelami obcymi, jeżeli bowiem są krajowcami, należy nad nimi utrzymać władzę zwierzchniczą.

Nie w każdej jednak sprawie osoby eksterytorjalne winny być wyłączone z pod jurysdykcji. Jeżeli spór toczy się o przedmioty nieruchome w kraju położone, wówczas bezwarunkowo zatrzymać należy orzecznictwo krajowe a obojętnem być winno, że w charakterze strony występuje osoba posiadająca przywilej eksterytorjalności: i tu jednak jest konieczne ograniczenie do sporów o prawa rzeczowe lub ze stosunku najmu albo dzierżawy wypływających, zaczem w sprawach ze stosunku obowiązkowego uznaną być winna jurysdykcja obca.

b) Odnośnie do państw obcych.

W kwestji, czy obce państwo może być w kraju poznane (por. Schmidt Die Neuerungen im Zivilprocessrechte 1910 str. 35 i nast.) przyjmuje się w nowszych czasach, że jest to niedopuszczalne z powodu, iż państwo nie może wykonywać władzy jurysdykcyjnej nad innem państwem (Loening, Gerichtsbarkeit über fremde Staaten 1903).

Tę zasadę przyjąć należy, ale nie podobna trzymać się jej bezwarunkowo. Gdy proces dotyczy nieruchomości w kraju położonych albo krajowego spadku lub pewnych przedmiotów w skład tegoż wchodzących i państwo obce występuje w charakterze spadkobiercy lub legatarjusza, nie podobna dopuścić do tego, aby władze obce wydały orzeczenie, nie można też pozbawiać strony ochrony prawnej i dlatego jurysdykcja krajowa winna być zachowaną.

Jeszcze w jednym przypadku jurysdykcję wykonać należy wobec państwa obcego a mianowicie, gdy idzie o roszczenia wypływające z przedsiębiorstwa przez państwo obce w kraju prowadzonego. Tak ma się rzecz w szczególności w przypadku, gdy linja kolejowa obcego państwa wchodzi w terytorjum krajowe a roszczenie dotyczy albo całego przedsiębiorstwa kolejowego albo też pozostaje w związku z czynnościami w kraju prowadzonemi, kto bowiem w kraju prowadzi przedsiębiorstwo, ten podlegać winien władzom krajowym; wymieniona zasada znalazła wyraz w ustawodawstwie a mianowicie w układzie między Austrą a Węgrami o wykonanie orzeczeń (Sperl, Die Zwangsvollstreckung in bürgerlichen Rechtssachen zwischen Oesterreich und Ungarn 1915 str. 41 i nast.).

IV. Umowy o orzecznictwo krajowe lub o tegoż wykluczenie.

1) Zasada.

Przepisy o jurysdykcji krajowej mają charakter prawa publicznego, nie powinno więc ulegać wątpliwości, że niedopuszczalnem jest poddanie orzecznictwu krajowemu sprawy, która z pod tegoż

orzecznictwa jest wyjętą, dalej wykluczenie tegoż orzecznictwa w sprawach, które przez sądy krajowe winny być załatwione. Jedynie wtedy ustawodawca może dopuścić układ procesowej natury, gdy ze względów praktycznych jest wskazany a interes publiczny przeciw niemu nie przemawia; tego atoli w naszym przypadku przyjąć nie można, bo z jednej nie zachodzi żadna ku temu potrzeba a z drugiej strony w interesie publicznym nie leży, aby zajmowano się sprawą, która pozostawiona jest władzom obcym lub wykluczono orzecznictwo sądów krajowych w sprawie, która przez nie winna być rozstrzygniętą.

2) Wyjątek.

Od przyjętej zasady istnieć powinien wyjątek tylko w przypadku, gdy idzie o osoby eksterytorjalne. Przywilej wyłączenia z pod jurysdykcji krajowej istnieje w interesie tych osób, jeżeli więc one zrzekają się uprawnienia, to załatwieniu ich spraw przez władze krajowe nic nie stoi na przeszkodzie. Nie może być jednak dopuszczone ogólnikowe poddanie się władzom krajowym, lecz umowa powinna dotyczyć albo dokładnie określonego sporu albo sporu z pewnego stosunku prawnego wypływającego.

Dowód na układ o jurysdykcję krajową powinien być dostarczony na piśmie a to w tym celu, aby nie powstały spory uboczne co do tego, czy doszło do umowy o poddanie się jurysdykcji krajowej i ten dowód należy już w pozwie przedłożyć sądowi.

Układ między Austrją a Węgrami co do wykonania wyroków zawiera postanowienie, że państwo poddać się może sądom drugiego państwa w drodze układu państwowego. Przyjęcie takiego postanowienia jest zdaniem naszem zbędne, bo nie ulega wątpliwości, że układ państwowy, któremu przypisać należy charakter ustawy, zmienić może zasadę, iż państwo obce nie podlega krajowej jurysdykcji.

V. Jurysdykcja władz obcych.

Rozgraniczenie jurysdykcji władz obcych od jurysdykcji krajowej nie może być w ustawie podane, bo ustawa krajowa obcym władzom nie może przepisywać, czy pewną sprawą mają się zająć, czy też jej załatwienia zaniechać. Ustawa swoista winna więc kwestję jurysdykcji załatwić w ten sposób, że wyraźnie określa, któremi sprawami władze krajowe mają się zająć, z czego to tylko wynika, że sprawy inne są z pod jurysdykcji krajowej wyłączone, nie wynika zaś wcale, że władze obce mają się niemi zająć.

W niektórych jednak przypadkach jest konieczne bliższe określe-

nie jurysdykcji obcej, wprawdzie nie jako nakaz dla władz państwa obcego, lecz jako przepis dla organów krajowych a winno to nastąpić, gdy w kraju powstaje kwestja, czy władza obca miała moc załatwienia danej sprawy. Dotyczy to głównie uznania i wykonania orzeczeń władz obcego państwa, w którym to przypadku oprócz innych wymogów jest koniecznem, by sprawa podlegała jurysdykcji tego państwa, którego władze wydały orzeczenie. O tem jednak, czy władze obcego państwa były powołane do wydania orzeczenia, nie może rozstrzygać tegoż ustawodawstwo, lecz wyłącznie prawo swoiste, tylko ono bowiem może stanowić o tem, czy orzeczenie sądów obcych i pod jakimi warunkami winno być w kraju uszanowane.

Ustawodawstwo swoiste mając zająć się pytaniem, kiedy władze obce powołane są do wydania orzeczenia, nie może stać na stanowisku, iż nie uznaje się orzeczenia w razie, gdyby według swoistych zasad jurysdykcyjnych władze krajowe zająć się mogły sprawą; nie jest bowiem wykluczone, że według tych właśnie zasad sprawa mogła być załatwioną zarówno przez władze krajowe, jak i obce, a w tym przypadku nie uchodzi stawiać jurysdykcję krajową nad obcą. Stanowisko uznające wyłączną jurysdykcję krajową a pomijające obcą, chociażby ona według przyjętych w kraju zasad była możliwą, prowadziłoby za daleko, obok jurysdykcji krajowej uznać więc należy i orzecznictwo obce. Dochodzi zatem do tego, że orzeczenie władz obcych będzie w kraju uznane i wykonane mimo, że sprawa mogła być także w kraju osądzoną.

Tej zasady nie można stosować odnośnie do orzeczeń władz obcych dotyczących spraw osobowych obywateli polskich lub nieruchomości w kraju położonych albo też spadku krajowego; w takich sprawach orzeczenia władz obcych pozbawione być winny wszelkiego znaczenia, chociażby według ogólnych swoistych zasad jurysdykcyjnych orzecznictwo obce było nawet możliwe.

Obok wymienionych spraw i inne jeszcze wypada pozostawić wyłącznemu orzecznictwu krajowemu a mianowicie te, które w interesie państwa nie mogą być przekazane orzecznictwu władz obcych. Zachodzi to w szczególności odnośnie do orzeczeń wydanych przez władze obce przeciw państwu oraz orzeczeń zasądzających urzędników na wynagrodzenie szkody wyrządzonej przy dokonaniu w kraju czynności urzędowej; tylko władze krajowe powinny w takim przypadku orzekać i dlatego orzeczeń władz obcych nie można uznać.

VI. Badanie jurysdykcji krajowej.

Wobec wielkiej doniosłości kwestji brak jurysdykcji krajowej uwzględnić należy z urzędu w toku całego postępowania a więc bez

względu na zarzut strony i pozew odrzucić wypada, gdy okaże się, że sprawa przez sądy swoiste nie może być załatwioną. Iść jednak należy dalej i nawet po prawomocności orzeczenia brak uwzględnić, nie można bowiem utrzymać, choćby nawet prawomocnego orzeczenia, które załatwiło sprawę nie podlegającą orzecznictwu krajowemu; unieważnienie jednak postępowania prawomocnie ukończonego powinno nastąpić tylko przez Sąd najwyższy i tylko na wniosek ministerstwa spraw zagranicznych, któremu w sprawach międzynarodowych przyznać należy głos stanowczy, a o taką sprawę idzie, gdy rozstrzygnięto spór, którego w kraju nie należało załatwiać.

Postępowanie dotyczące spraw nie podlegających jurysdykcji krajowej winno być zastanowione także wtedy, gdy wprawdzie istniały wymogi tejże jurysdykcji, ale w toku sporu odpadły, odmiennej zasady obowiązującej co do właściwości sądu nie można stosować, nie można bowiem prowadzić dalej sprawy, która w chwili wydania orzeczenia nie nadawała się więcej do załatwienia przez władze krajowe. Dalszego procesu nie można więc prowadzić, jeżeliby pozwany uzyskał po wniesieniu pozwu eksterytorjalność albo gdyby obywatele polscy stale przebywający zagranicą dopiero w toku procesu małżeńskiego stali się cudzoziemcami.

VII. Projekt ustawy.

Na podstawie powyższych wywodów proponujemy przyjęcie następujących przepisów.

Art. 1. We wszystkich sprawach, tak majątkowych jak i niemajątkowych, przekazanych cywilnemu postępowaniu procesowemu wykonuje się jurysdykcję krajową, jeżeli strona pozwana stale przebywa w obrębie Państwa Polskiego.

Sądownictwo krajowe zachodzi także w sprawach majątkowych pozostających w związku z przedsiębiorstwem w kraju się znajdującem, lub posiadającem w tymże zakład uboczny, jeżeli jako strona pozwana występuje posiadacz tegoż przedsiębiorstwa.

Art. 2. Przeciw pozwanemu obywatelowi polskiemu przebywającemu stale po za granicami państwa wykonuje się jurysdykcję krajową:

1) jeżeli przedmiotem sporu jest istnienie lub nieistnienie małżeństwa, tegoż ważność, zaczepienie, rozwód albo rozdział od stołu i łoża lub też ślubny stosunek rodziców do dzieci;

2) bez względu na przedmiot sporu, jeżeli pozostaje w służbie państwowej i z tego powodu przebywa stale poza obrębem państwa.

Art. 3. Bez względu na przynależność państwową i miejsce stałego pobytu stron uzasadnioną jest jurysdykcja krajowa:

1) w sprawach o roszczenia rzeczowe dotyczące nieruchomości albo ruchomości w obrębie państwa położonych i o roszczenia obligacyjne skierowane na oddanie ich na własność lub tylko w posiadanie albo o ustanowienie na ich praw rzeczowych;

2) w sprawach o prawo dziedziczenia, wydanie spadku i roszczenia oparte na zapisie lub darowiźnie na przypadek śmierci, jeżeli bezsporne postępowanie spadkowe ma być w państwie prowadzone, albo majątek spadkowy w kraju jest położony i nie ma być wydany władzy obcego państwa;

3) jeżeli chodzi o zobowiązanie, które w państwie powstało lub w obrębie tegoż ma być dopełnione;

4) jeżeli osoba pozwana posiada majątek mogący, choćby w części, służyć na zaspokojenie dochodzonego roszczenia, jednak tylko wtedy, jeżeli strona powodowa przebywa stale w obrębie Państwa Polskiego albo posiada w niem przedsiębiorstwo.

Art. 4. Na żądanie żony, która w chwili zawarcia małżeństwa posiadała obywatelstwo polskie, podlegają jurysdykcji sądów krajowych spory o istnienie, ważność, zaczepienie, rozwód lub rozdział od stołu i łoża małżeństwa.

Osoba, która złożyła lub utraciła obywatelstwo polskie, podlega jako pozwana jurysdykcji krajowej w sprawach osobowych albo nie wyłącznie majątkowych z małżonkiem lub dziećmi, jeżeli one zatrzymały nadal obywatelstwo polskie albo utraciły je wbrew swej woli i w chwili utraty lub złożenia obywatelstwa nie pozostawały z mężem, względnie ojcem we wspólności domowej.

Art. 5. Wyłączone są z pod jurysdykcji krajowej spory o prawa rzeczowe na nieruchomościach położonych zagranicą, choćby pozwany w państwie stale przebywał.

Art. 6. Nie podlegają jurysdykcji krajowej jako pozwani posłowie i członkowie misyj państw obcych uwierzytelnieni przy Państwie Polskiem, oraz ich żony i dzieci, z nimi razem mieszkające, personal i służba, o ile nie są obywatelami polskimi, z wyjątkiem w sprawach o prawa rzeczowe na nieruchomościach w państwie położonych, o ich oddanie i w sprawach ze stosunku najmu albo dzierżawy takich nieruchomości, wreszcie w sprawach dotyczących spadku, jeżeli bezsporne postępowanie spadkowe w kraju ma być prowadzone.

Nie podlegają jurysdykcji krajowej spory przeciw obcemu państwu z wyjątkiem sporów o nieruchomości w państwie położone lub o najem albo dzierżawę takich nieruchomości, dalej sporów dotyczących przedsiębiorstwa w kraju przez obce państwo prowadzonego wreszcie sporów, w których państwo obce występuje jako spadkobierca lub zapisobierca a bezsporne postępowanie spadkowe toczy się w kraju.

Art. 7. Bezskuteczną jest umowa o poddanie się jurysdykcji krajowej w sprawach z pod tej jurysdykcji wyłączonych i o wyłączenie z pod tejże jurysdykcji sporów przekazanych jurysdykcji krajowej. Osoby w art. 6. wymienione mogą jednak poddać się jurysdykcji krajowej odnośnie do sporów z pewnego stosunku prawnego wyniknąć mogących albo odnośnie do sporów dokładnie oznaczonych i już powstałych: oświadczenie pozwanego winno być wykazane już w pozwie dokumentem a wszelki inny środek dowodowy jest wykluczony.

Art. 8. Orzeczenia sądów obcego państwa uznaje się i wykonuje, jeżeli według zasad powyżej przyjętych dla jurysdykcji krajowej sprawa może być załatwioną przez władze tegoż państwa; osobne przepisy stanowią o tem, czy i jakie inne wymogi są konieczne.

W sprawach dotyczących stanu osobowego obywateli polskich, roszczeń o nieruchomości i o oddanie spadku w kraju położonego albo o inne prawa do niego się odnoszące, w sprawach przeciw urzędnikom Państwa Polskiego o wynagrodzenie szkody wyrządzonej przy sposobności urzędowania wreszcie w sprawach wytoczonych przeciw Państwu Polskiemu tylko wyroki sądów polskich mają moc obowiązującą.

Art. 9. Sądownictwo krajowe ustaje i wskutek tego zastanowić należy dalsze postępowanie, jeżeli w toku sporu odpadną podstawy, które je uzasadniają.

Brak sądownictwa krajowego uwzględnić należy z urzędu w toku całego postępowania aż do prawomocności orzeczenia.

Po prawomocności orzeczenia sądowego proces załatwiającego brak jurysdykcji krajowej uwzględnić winien Sąd najwyższy na wniosek ministerstwa spraw zagranicznych. Sąd najwyższy załatwia wniosek bez wyznaczenia ustnej rozprawy, ma jednak polecić stronom, aby nań się oświadczyły, bądź pisemnie, bądź też ustnie przed sędzią wezwanym: formę oświadczenia obierze Sąd najwyższy według stosunków stron i doniosłości sprawy. Do oświadczenia się pisemnego lub jawienia się na terminie przed sędzią wezwanym nie można strony zniewolić a bierne jej zachowanie się nie stoi na przeszkodzie załatwieniu wniosku. Unieważnienie postępowania procesowego ma nastąpić nawet, gdyby prawomocnie uchwałą sądową przyjęto jurysdykcję krajową jako uzasadnioną: nie można atoli wniosku o unieważnienie postępowania uwzględnić, jeżeli Sąd najwyższy uznał już jurysdykcję krajową jako uzasadnioną albo w rzeczy samej wydał orzeczenie.